إختلاف الفقهاء

تأليف
الإمام العلّامة

أبي جعفر محمّد بن جرير الطبري
المتوفى سنة ٣١٠ هجريّة

منشورات
محمد علي بيضون
دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م

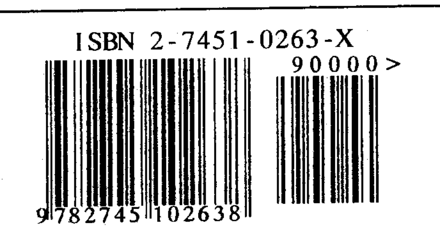
دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

العنوان : رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت
تلفون وفاكس : ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٦٠٢١٣٣ (١ ٩٦١) ٠٠
صندوق بريد: ٩٤٢٤ - ١١ بيروت - لبنان

DAR al-KOTOB al-ILMIYAH
Beirut - Lebanon

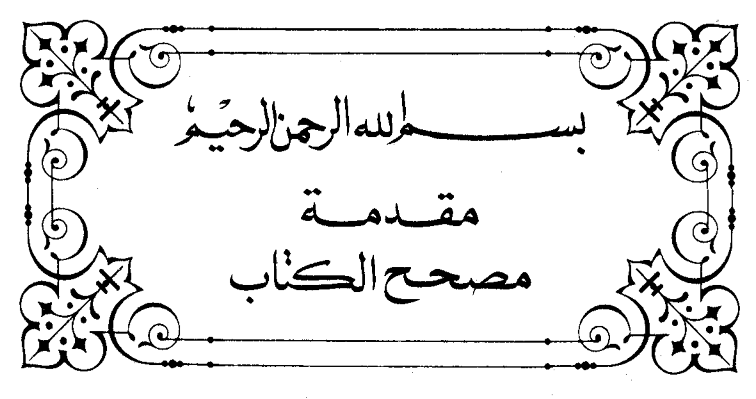
Address : Ramel al-Zarif, Bohtory st., Melkart bldg., 1st Floore.
Tel. & Fax : 00 (961 1) 60.21.33 - 36.61.35 - 36.43.98
P.O.Box : 11 - 9424 Beirut - Lebanon



ISBN 2-7451-0263-X

http://www.al-ilmiyah.com.lb/
e-mail : sales@al-ilmiyah.com
info@al-ilmiyah.com

إختلاف الفقهاء



قال مصحح هذا الكتاب الدكتور فريدريك كرن الألماني البرليني :

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على الرسل والأنبياء أجمعين .

أما بعد : فلا يجهل أحد أن الإمام العلامة أبا جعفر محمد بن جرير الطبري من أشهر علماء المائة الثالثة وأفضلهم ، وأن تصانيفه من أجود الكتب وألزمها فائدة .

فصل في أحوال ابن جرير وكتبه

هو أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الطبري : ولد بآمل طبرستان سنة ٢٢٤ أو ٢٢٥ وطاف في الأقاليم في طلب العلم ، ثم استوطن بغداد وأقام بها إلى حين وفاته في أواخر شوال سنة ٣١٠ .

قال الخطيب البغدادي : وكان أحد أئمة العلماء يُحكم بقوله ، ويُرجع إلى رأيه لمعرفته وفضله ، وكان قد جمع من العلوم ما لم يشاركه فيه أحد من أهل عصره ، فكان حافظاً لكتاب الله عارفاً بالقرآن بصيراً بالمعاني فقيهاً في أحكام القرآن ، عالماً بالسنن وطرقها وصحيحها وسقيمها ، وناسخها ومنسوخها ، عارفاً بأقوال الصحابة والتابعين ومن بعدهم من المخالفين في الأحكام ومسائل الحلال والحرام ، عارفاً بأيام الناس وأخبارهم ، وله الكتاب المشهور في تاريخ الأمم والملوك ، وكتاب في التفسير لم يُصنف أحد مثله وكتاب سماه **تهذيب الاثار** لم أر سواه في معناه إلا أنه لم يتممه ، وله في أصول الفقه وفروعه كتب كثيرة واختيار من أقاويل الفقهاء وتفرد بمسائل حفظت عنه . فُقِد معظم هذه الكتب وبقي

منها القليل وهي: تفسيره[١] وتاريخه[٢] وتهذيب الأثار[٣] وتبصير أولي النُهى معالم الهدى واختلاف الفقهاء[٤] وهو كتابنا هذا إلا أن التبصير والاختلاف هلك أكثرهما ووجد منهما الشيء اليسير[٥] .

فصل في علم الاختلاف

جاء في الحديث الماثور عن النبي ﷺ (اخْتِلَافُ أُمتي رَحْمَةٌ) .

وقد اهتم كثير من العلماء بعلم الاختلاف وصنفوا كتباً عديدة جمعوا فيها أقوال الائمة على اختلافهم في فروع الشرع ، ولكن أكثر ما طبع منها للأن تأليفات المتاخرين مثل : ميزاني الشعراني ورحمة الامة ، إلا أن الشيخ العالم مصطفى القباني الدمشقي طبع تأسيس النظر للدبوسي ، فأنا أذكر في ما سيأتي ما يوجد في بعض المكاتب من الكتب المختصة بالاختلاف الى حدود الستمائة : **اختلاف ابى حنيفة وابن ابى ليلى**[٦] ، **اختلاف أبي حنيفة والأوزاعي** ، **اختلاف الشافعي مع محمد بن الحسن**[٧] ، **اختلاف الشافعي مع مالك** .

وهذه الكتب من ضمن كتب كتاب الأم الذي جمع فيه البويطي ثم الربيع المرادي أقوال الإمام الشافعي[٨] .

---

(١) هو الأن مطبوع

(٢) طبع في ليدن ومعه منتخب ذيل المذيل للطبري .

(٣) محفوظ في مكتبة كبريلي باشا بالقسطنطينية .

(٤) يوجد أوله في مكتبة الأسكوريال بالأندلس .

(٥) اما كتاب الجهاد والجزية المنسوب إلى الطبري في فهرسة مكتبة عاشر أفندي بالقسطنطينية فلا يعرف له كتاب هذا اسمه ، ولعله جزء من كتاب الاختلاف أو اللطيف ، أو غيرهما .

(٦) يسمى أيضاً سِيَر الأوزاعي .

(٧) يسمى أيضاً كتاب الديات . .

(٨) يوجد نسخ وأجزاء من كتاب الأم في المدينة المنورة ، ومكة ونجد والقاهرة ودمشق وبيروت وجزء في مكتبة فريدريك كرن الألماني .

الأوسط في السنن والاجماع والاختلاف[1] **اختلاف العلماء**[2]، **الاشراف على مذاهب أهل العلم**[3] لأبي بكر محمد بن ابراهيم بن المنذر الشافعي المتوفي في أوائل المائة الرابعة .

اختلاف الفقهاء[4] لأبي جعفر الطحاوي الحنفي ٢٢٩ الى ٣٢١ .

التجريد[5] للقدوري الحنفي ٣٦٢ الى ٤٢٨ .

تأسيس النظر للدبوسي الحنفي المتوفى سنة ٤٣٠ .

الخلافيات[6] للبيهقي الشافعي ٣٨٤ الى ٤٥٨ .

الوسائل في فروق المسائل[7] لأبن جماعة الشافعي المتوفى سنة ٤٨٠ .

مختصر الكفاية[8] للعبدري الشافعي المتوفى سنة ٤٩٣ .

حلية العلماء في اختلاف الفقهاء [9] لأبي بكر محمد بن أحمد الشاشي المستظهري الشافعي المتوفى سنة ٥٠٧ .

منظومة النسفي الحنفي المتوفى سنة ٥٣٧ .

---

(١) بمكتبة أيا صوفية بالقسطنطينية .

(٢) الجزء الأول فقط بالقاهرة ١ : ٢٦٣ .

(٣) الثالث فقط بالقاهرة ٣ : ٢٩٣ .

(٤) جزء واحد فقط بالقاهرة وعنوان النسخة : الجزء الثاني من أحكام القرآن لأبي بكر أحمد بن علي الجصاص الرازي . ولكن موضوعها اختلاف الفقهاء ، ولذلك كتب عليها السيد مرتضى الزبيدي إنها من اختلاف الفقهاء للطحاوي ، وحجته تكرير عبارة : قال أبو جعفر : ولكني أظنها مجلداً من مختصر اختلاف الطحاوي للجصاص لقصر الكلام في كل فرع ولوجود : قال أبو بكر : مراراً .

(٥) أجزاء في برلين ولندرا والقاهرة .

(٦) الثاني فقط بالقاهرة .

(٧) في مكتبة برنستون في أمريكا .

(٨) في مكتبة نيوهافن في أمريكا .

(٩) في القسطنطينية والقاهرة وجزء في غوثا ، ومختصر في برلين .

الطريقة الرضوية[1] لرضي الدين السرخسي الحنفي المتوفى سنة ٥٤٤ .

مختلف الرواية[2] العلاء الدين محمد بن عبد الحميد السمرقندي الحنفي سنة ٤٨٨ إلى ٥٥٢ .

الإشراف على مذاهب الأشراف[3] لأبن هبيرة الحنبلي المتوفى سنة ٥٥٥ أو ٥٦٠ .

تقويم النظر[4] للدهان الشافعي المتوفى سنة ٥٨٩ .

فصل في ذكر ما بقي من كتاب الاختلاف

نقلت نسخة المكتبة الخديوية بالقاهرة من جامع محمد أفندي الشهير بالكردي ، وقد كانت سابقاً من ضمن الكتب التي وقفها الأستادار جمال الدين محمود بن علي الظاهري في سنة ٧٩٧ على مدرسته التي أنشاها بالقاهرة في الشارع المعروف الآن بقصبة رضوان . ليس لها تاريخ فلا يعرف وقت نسخها إلا أن خطها يشبه خطوط المائة الخامسة . كتبها محمد بن أحمد بن ابراهيم الإمام ، وقد ذكر أصحاب التواريخ غير واحد من علماء المائة الخامسة ممن اسمه محمد بن أحمد بن إبراهيم والله أعلم بمن هو .

الموجود منها الآن ١١٣ ورقة وهي تحتوي على : (كتاب المدبر) وهو كراسان إلا أنه بقي من الثاني الورقة الأولى والأخيرة فقط . كراس من (كتاب البيوع) كراسان فيهما أخر (كتاب الصرف) وجميع (كتاب السلم)

---

(١) في القاهرة وجزء في مونيخ .

(٢) في برلين والقاهرة والقسطنطينية .

(٣) في القاهرة ، ولندرا ، ونيوهافن .

(٤) في القاهرة وباريس .

الكراس الأول من (المزارعة والمساقاة) (كتاب الغصب) وهو كراسان إلا أنه بقي من الأول الورقة الأولى والأخيرة فقط (كتاب الضمان) إلا أنه فقد كراريس من أوله .

قال لي أحد العلماء : إن جزأ آخر في إحدى مكاتب القسطنطينية ، وقد نسي اسمها ، ويؤيد قوله : إن الشيخ مرتضى أورد في شرحه على الإحياء بابين من اختلاف الفقهاء للطبري من كتاب النكاح ، ويجوز أنه أخذهما من ذلك الجزء ، وأنا نقلتهما من كتابه وطبعتهما ملحقاً في آخر هذا الكتاب .

(**وقال العبادي الشافعي في طبقات الشافعيين**) : أبو جعفر محمد بن جرير الطبري وهو من أفراد علمائنا صنف كتاب اختلاف العلماء وذكر فيه أن الشافعي رحمه الله قال : الوبر والقنفذ حلال ، وأن الشافعي رحمه الله قال فيمن أوصى بأن يشتري من ثلثه بمائة جارية فتعتق إن لم يخرج ثلثه مائة : ان الوصية باطلة ؛ وحكي أن مالكاً سئل عن من اشترى قمرياً بشرط أنه يصيح أبداً ، فإذا هو يصيح في بعض اليوم فقال : له الرد عليك[1] فخرج السائل والشافعي ابن خمس عشرة سنة فقال : أيصيح أكثر اليوم ، أو يسكت أكثر اليوم ؟ فقال : بل يصيح أكثر اليوم فقال : ليس له الرد عليك ، فدخل السائل عليه ، وقال : انظر في أمري ، فقال : ليس لك عندي إلاَّ ما نبأتك به[2] ، فقال : إن بالباب من أصحابك من يقول : إنه لا يرد عليّ ، فقال: عليَّ به فاحضر الشافعي رحمه الله ، فقال : أنت تقول إنه ليس له الرد ؟ قال : نعم سمعتك تحدث ، وذكر الإسناد أن النبي ﷺ قال لفاطمة القرشية : أبو جهم لا يضع عصاه عن عاتقه ، ومعاوية صعلوك لا مال له انكحي أسامة ، فقال : وأيش فيه ما يدل على ما قلت ؟ قال : إنه لا يضع عصاه عن عاتقه ، كان كثير

---

(١) ن : لك الرد عليه .

(٢) ن : نانتك .

السفر ويقيم في ما بين ذلك ، الا أن الغالب عليه كثرة الضرب في الأرض فعبر بالغالب عن جميع أحواله توسعاً ، ولغة العرب كذلك ، فقلت : إذا كان صياحه أكثر النهار لا يرد لأنه يعبر به عن الجميع ، فقال له مسلم بن خالد الزنجي : أفت فقد آن لك تفتي .

فصل في ما يحكى أنه وقع مع الحنابلة من أجل هذا الكتاب

ذكر الطبري في كتابه اختلاف مالك والأوزاعي والثوري والشافعي وأبي حنيفة مع أبي يوسف ومحمد بن الحسن ، ثم ابي ثور ، وذكر بعض فقهاء الصحابة والتابعين وأتباعهم إلى أثناء المائة الثانية ولم يذكر أحمد بن حنبل .

ويحكى انه سئل عن سبب ذلك ، فقال : لم يكن أحمد فقيهاً إنما كان محدثاً ، فاساء ذلك الحنابلة فرموه بالرفض وأهاجوا عليه العامة يوم وفاته فمنعت دفنه نهاراً ومنعوا أيضاً الناس من الدخول إليه في حياته ، وأكثر ما يحكى في ذلك من الحكايات أظنه ليس بشيء لاختلاف الرواة فيها ، فمن ذلك ما قرأته في بعض نسخ المكتبة الملكية في برلين وهو :

وقصده الحنابلة فسألوه عن أحمد بن حنبل يوم الجمعة في الجامع ، وعن حديث الجلوس على العرش ، فقال أبو جعفر : أما أحمد ابن حنبل فلا يعد خلافه ، فقالوا له فقد ذكره العلماء في الاختلاف ، فقال : ما رأيته روي عنه ولا رأيت له أصحاباً يعوّل عليهم ، وأما حديث الجلوس على العرش فمحال ثم أنشد :

سبحان من ليس له انيس[1] ولا له في عرشه جليس

فلما سمعوا ذلك وثبوا فرموه بمحابرهم ، وقد كانت الوفا ، فقام بنفسه ودخل

---

(١) في النسخة وعند السيوطي : لا له انيس .

داره فردموا داره بالحجارة حتى صار على بابه كالتل العظيم ، وركب نازوك صاحب الشرطة في عشرات ألوف من الجند يمنع عنه العامة ، ووقف على بابه إلى الليل ، وأمر برفع الحجارة عنه ، وكان قد كتب على بابه البيت المتقدم فأمر نازوك بمحو ذلك ، وكتب مكانه بعض أصحاب الحديث :

لأحمدَ منزلٌ لا شَكَّ عَالٍ	إذا وَافى إلى الرحمن وَافِـدْ
فيُدْنيه ويقعـدهُ كريمـاً	على رغمٍ لهم في أنفِ حَاسِدْ
عَلى عَرشٍ يُغَلِّفُهُ بطيب	عَلى الأكبَادِ مـن بَاغٍ وَعَـانِدْ
لـه هذا المُقَامُ يَكونُ حقاً	كذَاكَ رواه ليثٌ عن مُجَاهِدْ[1]

فخلا في داره وعمل كتابه المشهور[2] في الاعتذار اليهم وذكر مذهبه واعتقاده وخرج[3] من ظن فيه غير ذلك وقرأ الكتاب عليهم وفضّل أحمد بن حنبل وذكر مذهبه وتصويب اعتقاده ، ولم يخرج كتابه في الاختلاف حتى مات فوجدوه مدفونا في التراب فأخرجوه ونسخوه .

وقد روي هذا الأمر على غير هذه الصفة (قرأت في إحدى نسخ برلين عنوانها : النصف الثاني من تاريخ علم الدين البرزالي : في حوادث سنة ٣١٧) وفيها وقعت فتنة ببغداد بين أصحاب أبي بكر المروزي الحنبلي وبين طائفة من العامة اختلفوا في تفسير قوله تعالى ﴿ عَسَى أنْ يَبْعثَكَ رَبُّكَ مَقاماً مَحْمُودا ﴾[4] . فقال الحنابلة : يجلسه معه على العرش ، وقال الآخرون : المراد بذلك الشفاعة العظمى فاقتتلوا بسبب ذلك وقتل بينهم قتلى .

---

(١) مجاهد بن جبر ٢١ إلى ١٠٢ او١٠٣ . قال الطبري في التفسير : حدثنا عباد بن يعقوب الأسدي قال : حدثنا ابن فضيل عن ليث عن مجاهد في قوله عسى الخ قال : يجلسه معه على عرشه .

(٢) لم يذكره ابن عساكر ولا غيره .

(٣) ويحتمل ان يكون صوابه : وجرّح .

(٤) ﴿ ومِنَ الليلِ فَتهجَّدْ بِهِ نافِلةً لَكَ عَسَى ﴾ الأسراء . . . ٧٩ .

(**وحكى السيوطي في تحذير الخواص**) أن قاصاً خاطب الناس وفسر الآية كما ذكر فأنكر ابن جرير ذلك ، وكتب على بابه البيت المذكور فرموا بابه بالحجارة فلم ينسب الحنابلة إلى ذلك .

وهذا لا يوافق قول الطبري في التفسير الذي أنكر فيه أن قول مجاهد: محال، مع تصويبه القول المجمع عليه : إن معنى المقام المحمود مقام الشفاعة العظمى .

وأما رميهم إياه بالرفض ومنعهم دفنه بالنهار ، (**فقال ابن الجوزي**) في المنتظم : وذكر ثابت بن سنان في تاريخه أنه إنما أخفيت حاله لأن العامة اجتمعوا ومنعوا من دفنه بالنهار وادعوا عليه الرفض ، ثم ادعوا عليه الإلحاد . (**قال المصنف**) : كان ابن جرير يرى جواز المسح على القدمين ، ولا يوجب غسلهما فلهذا نسب إلى الرفض ، وكان قد رفع في حقه ابو بكر بن ابي داود قصة إلى نصر الحاجب يذكر عنه أشياء فأنكرها منها أنه نسبه إلى رأي جهم ، وقال : إنه قال : بل يداه أي نعمتاه[1] فأنكر هذا[2] ، وقال : ما قلته ومنها : أنه روى أن روح رسول الله ﷺ لما خرجت سالت في كف علي فجآها[3] فقال : إنما هو الحديث مسح بها على وجهه ليس فيه جآها[4] . (**قال المصنف**) وهذا ايضاً محال إلا أنه كتب ابن جرير في جواب هذا إلى نصر الحاجب لا عصابة في الاسلام كهذه العصابة الخسيسة ، وهذا قبح منه لأنه كان ينبغي أن يخاصم من

---

(١) ﴿ وقالت اليهود يد الله مغلولة غلت ايديهم ولعنوا بما قالوا بل يداه مبسوطتان ﴾ الآية ٦٩ المائدة .

(٢) قال في تفسيره : واختلف أهل الجدل في تأويل قوله :﴿بل يداه مبسوطتان ﴾، فقال بعضهم : عني بذلك نعمتاه ، وقال : ومع ما وصفنا الخ ما ينبىء عن خطأ قول من قال معنى اليد في هذا الموضع النعمة .

(٣) كذا صححه الشيخ ده غويه في مقدمته لطبع تاريخ الطبري . فسر الفيروز أبادي جأى بمسح وأنكر ذلك السيد مرتضى وقال : كذا في النسخ والصواب منع كما في المحكم . ثم قال في المستدرك : جأى : مرغه مسحه . والله أعلم . والذي في نسخ برلين : نشأها .

(٤) ن : حشاها .

خاصمه ، وأما أن يذم طائفته جميعاً وهو يدري إلى من ينتسب[1] فغاية في القبح (وفي منتخب تاريخ البرزالي) ودفن في داره لأن بعض الرعاع[2] الحنابلة منعوا من دفنه نهاراً ونسبوه إلى الرفض ، ومن الجهلة من رماه بالإلحاد وحاشاه من هذا ومن ذلك أيضاً بل كان أحد ائمة الإسلام في العلم بكتاب الله وسنة رسوله ، وإنما تقلدوا ذلك عن أبي بكر محمد بن أبي داود حيث كان يتكلم فيه ويرميه بالعظائم وبالرفض .

(وقال ياقوت الحموي في معجم البلدان حيث يذكر آمل) أصله ومولده من آمل ، ولذلك قال أبو بكر محمد بن العباس الخوارزمي ، وأصله من آمل ايضاً وكان يزعم أن ابا جعفر خاله :

بآملَ مَولدي وَبَنُو جَريرٍ فَأخْوَالي،ويحكي المَرءُ خَالَهْ
فَها أنا رَافِضيٌ مِن تُراثٍ وَغَيري رَافضيٌ من كلالَهْ

وكذب لم يكن ابو جعفر رحمه الله رافضياً ، وإنما حسدته الحنابلة فرموه بذلك فاغتنمها الخوارزمي ، وكان سباباً رافضياً مجاهراً بذلك متبجحاً به .

ولعل من أسباب نسبه إلى الرفض ما قيل : إنه كتبه في حديث غدير خم (قال ابن عساكر) : ولما بلغه أن أبا بكر بن ابي داود السجستاني تكلم في حديث غدير خم عمل كتاب الفضائل ، فبدأ بفضل أبي بكر وعمر وعثمان وعلي ، وتكلم على تصحيح حديث غدير خم ، واحتج لتصحيحه ، وأتى من فضائل أمير المؤمنين عليّ بما انتهى إليه ، ولم يتم الكتاب[3] (وفي منتخب

---

(١) ن : فعاله .

(٢) على الهامش : من عوام .

(٣) وفي مختصر معجم أهل الأدب لياقوت : وكتاب فضائل علي بن أبي طالب عم ولم يتمه ، كتاب فضائل أبي بكر وعمر رضي الله عنهما ولم يتم ، كتاب فضائل العباس وانقطع ايضاً بموته .

تاريخ البرزالي) قلت : وقد رأيت لـه كتابـاً جمع فيـه أحاديث غـدير خم في مجلدين ضخمين ، وكتابا جمع طرق حديث الطير ، ونسب إليه أنه يقول بجواز مسح القدمين في الوضوء وانه لا يوجب الغسل ، وقد اشتهر عنه هذا ، فمن العلماء من يـزعم أن ابن جريـر اثنـان أحـدهمـا شيعي وإليـه يُنسب ذلـك[١] ويبرأون[٢] أبا جعفر هذا عن هـذه الصفات ، والـذي عوّل عليـه كلامـه في التفسير أنه يوجب غسل القدمين ، ويوجب مع غسـل دلكهما ولكنـه عبر عن الدلك بالمسح فلم يفهم كثير من مراده جيداً فنقلوا عنه أنه يوجب الجمع بين الغسل والمسح والله اعلم[٣] .

(وفي تـذكرة الحفـاظ للذهبي) قلت : رأيت مجلداً من طرق الحـديث لأبن جرير فاندهشت له ولكثرة تلك الطرق .

وأمـا منع الحنـابلة النـاس من الـدخول إليـه **(فـإن السبكي قـال في الطبقات الكبرى)** : وقال حسينك بن علي النيسابوري : أول مـا سألني ابن خزيمة قال : كتبت عن محمد بن جرير ؟ قلت : لا ، قـال : ولم فلت : لأنه كان لا يظهر ، وكانت الحنابلة تمنع من الدخول عليه .فقال : بئس مـا فعلت ليتـك لم تكتب عن كل من كتبت عنهم وسمعت منـه **(قلت)** : لم يكن عدم ظهوره ناشئا عن أنه منع ولا كانت للحنابلة شوكة تقتضي ذلك ، وكان مقدار ابن جرير أرفع من أن يقدروا على منعه ، وإنما ابن جرير نفسه كـان قد جمـع نفسه عن مثل الأراذل المتعرضين إلى عرضه فلم يَكن يإذن في الاجتماع به إلا

---

(١) قال محمد بن الحسن الطوسي في فهرست كتب الشيعة : محمدبن جرير الطبري ،ابو جعفر ، صاحب التاريخ عاميَ المذهب له كتاب غدير خم ، وشرح امره بصفته . ثم قال : محمد بن جرير بن رستم الطبري الآملي ، يكنى أبا جعفر ديِّن فاضل ، وليس هو صاحب التاريخ فإنه عامي المذهب ، وله كتب جماعة منها كتاب المسترشد .

(٢) ن : يبرون .

(٣) قال في تفسيره : وإذا كان ذلك عنه (اي النبي ﷺ) صحيحاً فغير جائز أن يكون صحيحاً عنه إباحة ترك غسل بعض ما قد أوجب فرضا غسله .

لمن يختاره ويعرف أنه على السنة ، وكان الوارد من البلاد مثل حسينك وغيره لا يدري حقيقة حاله فربما أصغى إلى كلام من يتكلم فيه لجهله بأمره فامتنع عن الاجتماع به ، ومما يدلك به على أنه لم يُمنع قول ابن خزيمة لحسينك : ليتك سمعت منه فإنه دلالة أن سماعه منه كان ممكنا ، ولو كان ممنوعاً لم يقل له ذلك ، وهذا أوضح من أن ينبه عليه وأمر الحنابلة في ذلك العصر كان أقل من ذلك .

فصل في من لم يذكر أقوال أحمد بن حنبل في كتبه أو لم يعده من العلماء الكبار

لم يفعل الطبري إلا ما فعله غيره قبله وبعده ، وقد أهمل اختلاف أحمد غير واحد من أصحاب كتب الاختلاف لم يذكره الطحاوي في إختلاف الفقهاء ولا الدبوسي في تأسيس النظر ، ولا النسفي في منظومته ، ولا العلاء السمرقندي في مختلف الرواية ، ولا الفراهي الحنفي أحد علماء المائة السابعة في منظومته ذات العقدين ، ولا غيرهم من الحنفيين من أصحاب الاختلاف . (**قال ابن الفرضي في تاريخ علماء الأندلس** عند ذكره أحوال أبي محمد عبد الله ابن ابراهيم بن محمد الأصيلي المالكي) : وجمع كتابا في اختلاف مالك والشافعي وأبي حنيفة سماه كتاب الدلائل في أمهات المسائل . (**وقال صاحب كشف الظنون**) : عمدة الطالب لمعرفة المذاهب لمحمد بن عبد الرحمن بن محمد السمرقندي السخاوي المتوفى بماردين سنة ٧٢١ ذكر فيه خلاف العلماء ، وخلاف أحمد وداود وأهل الشيعة قال في أخره : فتم كتاب قد حوى المذهب وما حويت بكتاب حوى فقه النعمان ويعقوب بعده ، ومحمد مع أصحابهم خير أصحاب كذا زفر والشافعي ومالك ، وما اختلفوا فيه بكل جواب مع أهل الشيعة حياهم إله الناس بكل ثواب ، فمنزلة أحمد عنده أقل من منزلة الثلاثة ومقامه عنده كمقام داود الظاهري وأهل الشيعة . ومن غير أصحاب الاختلاف

أهمله الغزالي الشافعي في الوجيز وأبو البركات النسفي الحنفي في الوافي .

وأما أصحاب التاريخ والجغرافية فإن ابن قتيبة لم يذكره في كتاب المعارف ، وذكره المقدسي في أحسن التقاسيم في أصحاب الحديث فقط مع ذكره داود الظاهري في أصحاب الفقه ، وقد كتب ابن عبد البر المالكي كتاب الانتقاء في فضائل الثلاثة الفقهاء أي أبي حنيفة ومالك والشافعي . وفي (**كتاب عمدة العارفين**)[١] رابع الائمة سفيان الثوري لا أحمد بن حنبل ، وفي سيرة سفيان : وكان له مذهب تَقَوَّلَ به رجال من خيار المسلمين منهم الجنيد[٢] ، ولذلك عد رابع الائمة اصحاب المذاهب. ولما كان في رأس المائة الثالثة انقطع نحو خمسمائة مذهب ومذهبه لم ينقطع . وقال الشيخ أبو حامد محمد بن حمد بن محمد الغزالي . كان سفيان وأحمد بن حنبل من أشهر الأئمة بالورع وأقلهم اتباعاً وأما الآن فمذهب سفيان من بعد الخمس مائة متروك ، وقد أجمع المسلمون على الأربعة المعلومين .

فصل في المذهب الجريري

(**قال ابن فرحون المالكي في الديباج المذهب**) وأما أصحاب الطبري وأبي ثور فلم يكثروا ولا طالت مدتهم وانقطع اتباع أبي ثور بعد ثلاثمائة وأصحاب الطبري بعد أربعمائة ، وروى غير واحد من أصحاب التواريخ أن (**أبا محمد الفرغاني قال**) : حدثني هرون بن عبد العزيز[٣] قال : قال لي ابو جعفر الطبري : أظهرت فقه الشافعي وأفتيت[٤] به ببغداد عشر سنين ، وتلقنه

---

(١) لا يعرف مؤلفه .

(٢) ابو القاسم الجنيد بن محمد بن الجنيد القواريري المتوفى ، سنة ٢٩٨ كان على مذهب سفيان ، ثم صار شافعياً .

(٣) هو أهم رواة كتب الطبري .

(٤) في طبقات ابن قاضي شهبة : واقتديت به . وقال الذهبي في التذكرة : قال الفرغاني : بث مذهب الشافعي ببغداد سنين واقتدى به . ثم اتسع علمه الخ . والله اعلم .

مني إبن بشار الأحول أستاذ ابن‌سريج .(**قال الفرغاني**) : فلما اتسع علمه أداه اجتهاده وبحثه إلى ما اختاره في كل صنف من العلوم في كتبه إذ كان لم يسعه فيما بينه وبين الله جل وعز إلا الدينونة بما أداه اجتهاده إليه فيما لم ينص عليه من يجب التسليم لأمره فلم يأل نفسه والمسلمين نصحاً وبياناً فيما صنفه (**وقال الفرغاني أيضاً**) : وتم أيضاً لطيف القول في أحكام شرائع الإسلام وهو مذهبه الذي اختاره وجوّده واحتج له .

فصل في ذكر بعض ما يحفظ من أقواله

فُقدت كتبه في مذهبه ولا نعرف من أقواله إلا ما ذكره في اختلاف الفقهاء ، أو حكاه الفقهاء وأصحاب التواريخ في تصانيفهم عنه ؛

أما قوله في غسل القدمين فذكرناه قبل ، (**وقال السبكي في الطبقات الوسطى**) : ومن مسائل ابن جرير رحمه الله قوله : إن من توضأ ، ثم قطع بعض أعصابه من محل الفرض ، كما إذا قطعت يده ، أو كشطت جلدة من وجهه ، أو يده أنه يجب عليه طهارة ذلك العضو ، ووقع في النهاية والوسيط في هذه المسئلة غلط وهو حكاية رأي إبن جرير عن ابن خَيْرَان[1] وليس كذلك ، إنما هو ابن جرير وقال ابن جرير : لا يجوز صلاة الفرض ولا النفل في جوف الكعبة نقله في شرح المهذب[2] . (**وقال ابن الملقن في العقد المذهب**) : ومن غرائبه أنه لا يجوز الفرض ولا النفل في الكعبة (**وقال السبكي في طبقاته الصغرى**) : واختار أن من احيل على مليّ يجب عليه القبول لظاهر قوله ﷺ : « مَنْ أحيل على مليّ فليتبع » ، وكذلك قال ابو ثور : قال ابن جرير : وإن لم

---

(١) ابن خيران اثنان ابن خيران الأكبر ابو علي الحسين بن صالح المتوفى سنة ٣١٠ ، وابن خيران الأصغر ابو الحسن علي بن أحمد كلاهما شافعي .

(٢) لعله يعني النووي .

اجبره[1] ذلك فيما بينه وبين الله تعالى لمجبرة على قبول الحوالة للاجماع على أنه غير مجبر على ذلك حكما قلنا : هذا مشكل أعني لايجاب مع عدم الإجبار . **(وفي رحمة الأمة في كتاب السلم والقراض)** ، وقال المزني وابن جرير الطبري : يجوز قرض الإماء اللواتي يجوز للمقترض وطؤهن . **(وفي تذكرة الحفاظ للذهبي)** ان غلاماً قال : اشترى مولاي جارية فزوجنيها فاحببتها وابغضتني ، وضجرت فقلت لها : أنت طالق ثلاثا لا تخاطبيني بشيء إلا قلت لك مثله فكم احتملك ؟ فقالت : في الحال أنت طالق ثلاثا فأبلست ، فدللت على ابن جرير ، فقال : أقم معها بعد أن يقول : أنت طالق ثلاثاً إن طلقتك .

وحكى المقريزي في المقفى مثله[2] ، **(وقال : الماوردي في الاحكام السلطانية في باب ولاية القضاء)** واما المرأة فلنقص النساء عن رتب الولايات وان تعلق بقولهن أحكام ، وقال ابو حنيفة : يجوز أن تقضي المرأة فيما تصح فيه شهادتها ، ولا يجوز أن تقضي فيما لا تصح فيه شهادتها ، وشذ ابن جرير الطبري فجوز قضاءها في جميع الأحكام وكذلك حكى الشعراني في الميزان إجازة ابن جرير قضاء المرأة . **(وقال النووي في شرح مسلم في باب الآداب عند الكلام في الحديث المشهور تسموا باسمي ، ولا تكنوا بكنيتي)** مذهب ابن جرير أنه ليس بمنسوخ ، وإنما كان النهي للتنزيه والأدب لا للتحريم . . .

فصل في اختلاف الناس هل هو من أصحاب المذهب الشافعي أم لا

أجمع أصحاب الطبقات على أنه مجتهد مطلق ، واختلفوا في كونه مع ذلك من أصحاب المذهب الشافعي كابي ثور الذي لا اختلاف في أنه مجتهد مطلق ، وأنه من أصحاب المذهب فالأسنوي والشرقاوي لم يذكراه ، وذكره

---

(١) ن : سُبرة .

(٢) انظر صفحة ٩٧ من مقدمة طبع تاريخ الطبري . . .

الشيـرازي في مقدمـة طبقاتـه من ضمن المجتهدين خـارج طبقـات أصحـاب المذهب ، وذكره ابن قاضي شهبة في طبقته ، وذكره العبادي في طبقته فقال : من افراد علمائنا . (**وقال الرافعي في المحرر**) تفرق ابن جرير لا يعد وجها في مذهبنا ، وإن كان معدوداً من طبقات أصحاب الشافعي[1] ، (**وقال السبكي في الطبقات الكبـرى**) عجيبة تتضمن مسـألـة : إذا ادعى المقضي عليـه أن القـاضي حكم عليه بشهـادة فاسقـين : قال ابن الـرفعة في المطلب في بـاب الشهادة على الشهادة : يجب على شاهد الفرع تسمية شهود الأصل خلافاً لمحمد ابن جرير الطبري الذي أفهم كلام صاحب الاشراف[2] عند الكلام في دعوى المقضي عليه أن القاضي قضى عليه بشهادة فاسقين أنه من أصحابنا انتهى .

وهو كلام عجيب يوهم أن ابن جرير الإمام المشهور صاحب الترجمة فإن في هذا اللفظ تجهيلاً عظيماً للمسمى بهذا الإسم ، وابن جرير إمام لا يخفى حاله على ابن الرفعة ، ولا من دونه وإنما قصد ابن الرفعة بهذا الكلام الإشارة إلى أنه وإن كان مجتهداً مطلقاً معدود من أصحابنا بشهادة صاحب الأشراف فيلتحق قـوله بهذا بالمذهب ويعد وجهاً فيه ، وهذا أيضاً غير لائق بعلو قدر ابن الرفعة فابن جرير معدود من أصحابنا لا يمتري أحد في ذلك ولو عد عاد ذكر ابن الرفعة له ولأقواله من أصحابنا لأكثر المعدود ، فلا طائل تحت كلامه هذا ، بل هو كلام موهم كان السكوت عنه أولى وأجمل لقائله ، وما حمله عليه إلا كثرة استحضاره لما بعد ، وما قرب وحيث ذكره في المظنة فاستحضره من غير المـظنة ، ولـو أنه قال : الذي اقتضى كلام صاحب الأشراف موافقة غيره من أصحابنا له عليه مقالته في عدم سماع الدعوى على القاضي بـأنه حكم بشهـادة فاسقـين لكان أحسن ، فإن موافقة غير ابن جرير من أصحابنا له تؤكد عد قوله من المذهب ،

---

(١) حكاه النووي في التهذيب .

(٢) القاضي أبو سعد أو أبو سعيد بن أبي أحمد محمد الهروي المتوفى سنة ٥١٨ الف كتاب الأشراف على غوامض الحكومات يوجد في مكتبة يكي جامع بالقسطنطينية ، وهو شرح أدب القاضي للعبادي .

بخلاف ما إذا لم يوجد له موافق فإن النظر إذّاك قد يتوقف في إلحاق أقواله بالمذهب (لأن المحمدين أربعة) ابن جرير وابن خزيمة وابن نصر وابن المنذر ، وان كانوا من أصحابنا فربما ذهبوا باجتهادهم المطلق إلى مذاهب خارجة عن المذهب فلا يعد تلك المذاهب من مذهبنا ، بل سبيلها سبيل من خالف إمامه في شيء من المتأخرين ، أو المتقدمين ، وإنما قلت: إن صاحب الأشراف ذكر موافقة غير ابن جرير له على عدم الدعوى ، بأنه حكم بشهادة فاسقين لأن عبارة صاحب الأشراف .

(فصل)

إذا ادعى المقضي عليه أن القاضي قضى عليه بشهادة فاسقين

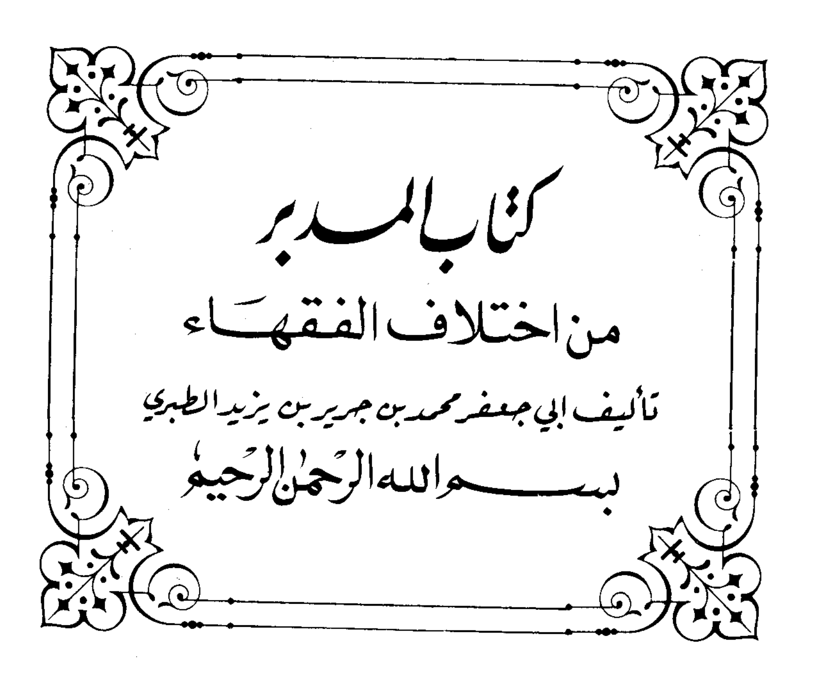
قال محمد بن جرير وغيره من أصحابنا لا ينبغي أن يفوّق سهم هذه الدعوى نحو القاضي لأن فيه تشنيعا عليه ، وهو مستغن عن هذا التشنيع عليه بأن يقيم البينة على فسق الشهود ويفارق إذا ادعى على القاضي انه إذا أخذ الرشوة وفسرها فهي مال مبذول ليصير الحق باطلاً والباطل حقاً لأنه أمر خفي لا يمكنه إقامة البينة عليه دون الإدعاء على القاضي ، فلما لم يكن مستغنياً عن الإدعاء عليه جاز له الإدعاء ليصون القاضي ماء وجهه فيرد المال عليه فقال بعض أصحابنا : دعوى الطعن على الشهود مسموعة على القاضي لأنه ربما يتعذر عليه إقامة البينة على فسق الشهود انتهى . وحكى بعده الوجهين المشهورين في تحليفه إذا أنكر فإن قلت : الوجهان في الدعوى عليه بشهادة فاسقين مشهوران قلت كلا ، إنما الوجهان المشهوران في إحضاره إذا ادعى عليه هكذا ما[1] اصل الدعوى فقال الرافعي : إنهم متفقون على سماعها على الجملة ، وأنكر على الغزالي لاسيما مع اعتقاده واعتضاده بموافقة بعض

---

(١) لعل صوابه : اما .

الأصحـاب ، بل غـالبهم أشار إليـه القاضي أبـو سعد فـإن قولـه : قال ابن جرير : وغيره من أصحابنا مع قـوله في مقـابله ، وقال بعض أصحـابنا : مـا يعطي أن الحاده على قول ابن جرير على خلاف دعوى الرافعي الأتفاق ، نعم محل ذلك فصـل الدعـوى على القـاضي المعزول من كتـاب الأقضية لا بـاب الشهادة على الشهادة ، وقول ابن جرير : لا يشترط تسمية شهود الأصل هـو المختص بباب الشهادة على الشهادة ، فكان طريق ابن الرفعة إن لم يجد له من خاص الأصحاب متابعاً أن يقول : ولا متابع له ، لكنه من أصحابنا . . .





(أجمعت الحجة التي لا يجوز خلافُها) أنّ من دبرّ عبدَه ، ثمّ لم يُحدث لتدبيره ذلك[1] نقضاً ما بإزالة ملكه عن مدبّره ذلك إلى غيره ببعض المعاني التي تزول[2] بها الأملاك ، ولم يرجع في تدبيره بقول ، يكون ذلك رجوعاً عند من نوى الرجوع فيه على ما سنصفه عند انتهائنا إليه في كتابنا هذا ، وكان المدبّر مأموراً[3] منهيّا جائز الأمر في ماله يوم دبّر ، ثمّ مات السيّد المدبّر ويحتمله ثلثَ تركته ولم يكن لأحد عليه يوم مات دين يعجز ثلث ماله بعد قضاء دينه عن جميع قيمة مدّبره ، ولا وصيّة له في ماله ، يقصر ثلث تركته بعد قضاء دينه ، وإنفاذ وصاياه الجائزة عن جميع قيمة مدّبره إنّ[4] عبده ذلك الذي دبّره في حياته ، حرّ بعد وفاته إذا كان الأمر على ما وصفت .

---

(١) النسخة : نقضا إما .
(٢) ن : به .
(٣) أي مأموراً بالمعروف منهياً عن المنكر .
(٤) ن : عنده .

ثم اختلفوا في صفة القول الذي إذا وُجد من القائل لعبده حكم للمقول له ذلك من عبيده بأنه مدبر

[1] (**فقال مالك**)[2] : كل عتاقة أعتقها رجل بعد موته في صحة أو مرض فهي وصية يردّها[3] الرجل[4] إن شاء ويغيرها[5] متى شاء ما لم[6] يدبر فإذا[7] دبر فلا سبيل له إلى[8] ردّ ما دبر . (**قال**) : ويفرق بين الوصية والتدبير أن يقول له : اعتقه عن دُبُر فإن لم يذكر التدبير في العتق فهي وصية (حدثني بذلك يونس عن ابن وهب عنه) .

[9] (**وقال الشافعيّ**)[10] : الذي لا أعلم بين الناس اختلافاً[11] فيه أنّ تدبير العبد أن يقول له سيده ، صحيحاً أو مريضاً : أنت مدبر ، وكذلك إن قال له : أنت مدبر[12] ، أو قال : أردت عتقه بكل حال بعد موتي[13] أو أنت عتيق ، أو أنت محرّر ، أو أنت حر إذا مت ، أو متى مت ، أو بعد موتي[14] ، أو

---

(١) إلى قوله : ما دبر : موطأ : كتاب التدبير : الوصية في التدبير .
(٢) موطأ : الأمر المجتمع عليه عندنا أن كل عتاقة اعتقها رجل في وصية أوصى بها في صحة أو مرض أنه يردها .
(٣) قوله : الرجل : ليس في الموطأ .
(٤) م : متي : وفي بعض نسخ الهند متى ما .
(٥) وفي بعض نسخ الهند : متي ما .
(٦) م : يكن تدبيراً .
(٧) ن : دُبر .
(٨) قوله : رد : ليس في نسخ الهند وشرح الزرقاني .
(٩) كتاب الأم : أحكام التدبير .
(١٠) أم : قال الشافعي : ولا أعلم .
(١١) ن وام : في .
(١٢) ن وام : وقال .
(١٣) ام : وانت .
(١٤) كذا في الام ، وأما في النسخة : وما .

ما أشبه هذا من الكـــلام ، فهذا كله تدبـير . [١] (قال) : وسـواء عندي قال : أنت حر بعد موتي ، أو متى مت إن لم أُحْـدِث فيك حدثاً ، أو تـرك [٢] استثناءً في أن يُحدث فيه حدثا ، لأن له أن يحدث فيه[٣] نقض التدبير (حـدثنا بذلك عنه الربيع)[٤] .

(**وقال أبو حنيفة وأصحابه**) : إذا قال الرجل لمملوكـه : أنت حرّ بعد موتي ، أو أنت حرّ إذا مت ، أو أنت حرّ متى مت ، أو أنت حرّ متى ما مت ، أو أنت حر إن حدث بي حدثٌ ، فهذا كله باب واحد وهو مدبّر .

(**وقالوا**) : إذا قال الرجل لعبده : أنت مدبّر ، أو قال لأمته أنتِ مدبّرة فانّهما جميعاً مدّبران ، (**وقالوا**) : أرأيت لو كان أعجمياً لا يفصح بالتدبـير ، فقال هذه المقالة ، أما كان يكون مدبراً . (**وقالوا**) : إن قال : قد دبرتك فهو مدبر ، (**قالوا**) : وقوله : قد دبرتك ، أو أعتقتك عن[٥] دبر سواء ، وكذلك إذا قـال : أنت حر يـوم أموت فـإن نوى النهـار دون الليل فـإنه ليس بمـدبـر (الجوزَجاني عن محمد) .

(**وعلة من قال بقول مالك**) : إن القائل لمملوكه : قد اعتقتك عن دبر مني مجمع عليه أنه قد دبر عبده ومختلف[٦] فيما خالف ذلك من القول هل هو تدبير أم لا ؟ والتدبير اسم لمعنى والأسماء لا تثبت على الصحة للمسمى بها إلا بحجة يجب التسليم لها من كتاب أو سنة أو أجماع .

---

(١) قوله : قال : ليس في الأم .

(٢) ام : أو استثنى في أن .

(٣) ام : نقض .

(٤) وقال المزني في مختصره : قال الشافعي : فإذا قال الرجل لعبده : أنت مدبر ، أو أنت عتيق ، أو أنت محرر ، أو حر بعد موتي ، أو متى مت ، أو متى دخلت الدار ، فأنت حر بعد موتي ، فدخل . فهذا كله تدبير يخرج من الثلث .

(٥) ن : دين .

(٦) أي مختلف فيه فيما .

(**وعلة من قال ، بقول الشافعي في ذلك**) : إن التدبير إنما هو عتق الرجل عبده بعد إدباره وهلاكه ، وكذلك قول القائل لعبده : أنت حر عن دبر مني ، أو قد أعتقتك عن دبر مني ، إنما يعني بذلك أنت حر بعد موتي ، أو أنت حر إذا مت وأدبرت ، فكل ما كان من عتق يقع على عبده مع إدباره وهلاكه بإيقاعه إياه عليه حينئذ بقول كان منه في حياته فهو تدبير .

(**قال أبو جعفر** والحق في ذلك عندي وبالله التوفيق) إن قول القائل لعبده : قد اعتقتك عن دبر مني ، وأنت حر بعد موتي ، وأنت حر إذا مت بمعنى واحد ، لأن ذلك كله إنما هو إيجاب عتق للعبد بعد خروج نفس السيد بلا فصل ، بل قول القائل : أنت حر إذا مت أوضح وأبين في إيجاب العتق للمملوك في تلك الحال من قوله : قد اعتقتك عن دبر ، وإذا كانت الأشياء متفقة المعاني من جهة ما وجب بما وجب لبعضها[1] من الحكم لم يجز التفريق بين أحكامها فيما اتفقت فيه إلا بحجة يجب التسليم لها ، وكذلك الحكم في ذلك إن قال : أنت حر إن حدث بي حدثُ الموت ، أو أنت مدبر ، فإن قال : أنت حر يوم أموت ، فإن قال : أردت بعد موتي ؟ فهو تدبير . وإن قال أردت بذلك أنت حر إن مت نهاراً ، أو إن مت ليلاً فليس ذلك تدبيراً ، وإنما هو عتق على صفة لأن التدبير هو ما وصفناه من عتق الرجل عبده عند إدباره وهلاكه على أي حال ، وفي أي وقت كان إدباره فأما إذا كان عتقا عند إدباره بصفة دون صفة وفي حال دون حال ، فذلك عتق بشرط إن وُجد وقع ، وإن لم يوجد لم يقع ولا يستحق العبد المعتق على ذلك ان معه يقال له[2] مدبر إذ الإسم المطلق بالتدبير[3] على كل معاني إدبار المدبّر لا على معنى دون معنى ، وإذا كان على

---

(١) ن : لبعضها الحكم .

(٢) ن : مدبرا .

(٣) أي مطلق على كل معاني .

بعض دون بعض لم يجز أن يُطلق ذلك الإسم له .

واختلفوا في قول القائل لمملوكه أنت حرّ

بعد موتي ، أو ساعة ، أو شهر ، أو سنة ، أو ما أشبه ذلك من القول الذي لا يستوجب[1] به العبدُ الحريّة بعد موت السيد بلا فصل ، ولا يستوجبها إلّا بعد وفاته بمدَّة ، وهل يكون ذلك القول تدبيراً أم لا ؟

(**فقال مالك**) : ذلك وصية ، وللسيد أن يغير وصيته إن شاءَ ويردّها متى شاءَ وليس بتدبير ، (حدّثني بذلك يونس عن ابن وهب عنه) .

(**وهو قول الأوزاعيّ**) : (حدّثني بذلك العباس عن أبيه عنه) .

[2] (**وقال الشافعيّ**) : إذا قال السيد لعبده : أنت حرّ بعد موتي بعشر سنين فهو حرّ في ذلك الوقت من الثلث ، وإن كانت أمةً فولدها بمنزلتها[3] يعتقون إذا عتقت ، وهذه أقوى عتقاً من[4] المدبرة لأن هذه لا يرجع فيها إذا مات سيدها ، وما كان سيدها حياً فهي بمنزلة المدبرة (حدّثنا بذلك عنه الربيع) .

(**وقال أبو حنيفة وأصحابه**) : إذا قال الرجل لعبده : أنت حرّ بعد موتي بيوم أو بشهر ، أو بأكثر من ذلك ، فإن هذا لا يكون مدبّراً ، وللمولى أن يبيعه فإن لم يبعه حتى مات المولى فإنه يعتق من ثلثه بعدما يمضي الوقت بعد موته ولا يعتق حتى تعتقه الورثة (الجوزجانيّ عن محمد) .

(وعلة من قال ليس هذا القول من القائل تدبيراً) أن التدبير ما وصفناه

---

(١) ن : يستوجب العبد .

(٢) أم : قال الشافعي : وإذا قال لعبده : أنت حر .

(٣) ام : يعتقون بعتقها إذا .

(٤) ام : المدبر .

قبل من ألاّ يكون[1] المدبّر مُدْبراً هالكاً إلاّ والمدبَّر معتَق بعد هلاكه بلا فصل ، فأما إذا لم يكن كذلك ، فليس ذلك تدبيراً ، لأن ذلك اسم لمعنى ومتى كان بخلاف ذلك لم يلزمه ذلك الإسم .

(وعلة من قال : هو تدبير) انَّ التدبير عتقُ عبد بعد وفاة المُعتِق فأيّ عتق كان بتلك الصفة فهو تدبير .

(**قال أبو جعفر** : والحق في ذلك عندي وبالله التوفيق) إن هذا القول من قائله لا يستحق اسم تدبير لما وصفت من العلل لقائل ذلك .

ثم اختلفوا في حكم العبد يعتق إلى أجل

أو على شرط[2] ، أو صفة فيموت السيد قبل مجيء الأجل ، ووجود الشرط

(**فقال مالك**) : من قال : غلامي حر إلى رأس السنة ، إن مات السيد قبل ذلك كان العبد حراً عند السنة من رأس المال (حدثني بذلك يونس عن ابن وهب عنه) . (**وقال**) : في الرجل يقول لغلامه : إذا مات فلان فأنت حر ، ولا يحبسه عليه ، ثم يموت سيد العبدِ (قال) : يخدم العبد الورثة ، فإن مات الرجل الذي سمى عتق العبد في غير الثلث ، وإنما مثل ذلك مثل رجل قال لعبده : أنت حر بعد عشر سنين . (**وقال**) في الرجل يقول لغلامه : إذا مات فلان فأنت حر فإنه يأخذ من ماله[3] شيئاً ، وإنه لا يدخل في ثلث سيده إن مات (**وقال**) : في رجل قال لجاريته: إن لم أضربك عشرة أسواط في ذنب

---

(١) ن : المدبر .

(٢) ن تحت او صفه : او الصفه : ولعل صواب ذلك أن يقرأ في آخره : ووجود الشرط ، أو الصفة .

(٣) ن : سا .

جئتِ به فأنت حرة ، فأراد بيعها ولا يضربها (قال) : لا أراه يجوز له بيعها ولا هبتها حتى يضربها ، وإن باعها فسخ البيع ، ووردت إليه على تلك المنزلة ، ولا يضرب له أجل إن لم يضربها إليه عتقت ، فإن مات عتقت في ثلثه ولم تكن في رأس ماله ، وإن ماتت هي فلا عتاقة لها إنما ماتت وهي أمة . (**وقال**) في الذي يحلف بالعتق :إن لم يفعل كذا فيموت قبل أن يفعل (**قال**) : يعتق ذلك الذي حلف بعتاقته في ثلث ماله .[1] قال : وسمعت (**مالكاً** يقول) في الرجل يقول : إن لم يفعل كذا فإن وليدته حرة ، (**قال**) : لا يطأها ولا يبيعها حتى يفعل الذي حلف عليه فإن (ابن عمر قال) : لا يطأ الرجل وليدة إلا وليدة إن شاء باعها ، وإن شاء وهبها ، وإن شاء صنع بها ما شاء ، وإن الذي يجعل جاريته حرة إن لم يفعل كذا ، لا يقدر على بيعها حتى يفعل الذي حلف عليه ، فإن هلك ولم[2] يفعل الذي حلف عليه خرجت الجارية حرة . من الثلث .[3] قال : (وقال لي مالك) : وإن قال : وليدته حرة إن لم يفعل كذا إلى أجل سماه فإنه لا يبيعها أيضاً حتى[1] يفعل ما حلف عليه ، ولكنه يطأها إن شاء ما بينه وبين الأجل الذي سمى ، ثم يوقف عنها عند ذلك الأجل إن لم[2] يفعل الذي حلف عليه ، فإن مات قبل أن ينقضي الأجل فلم يحنث لأنه شرط شرطاً لا يؤخذ به حتى يأتي الأجل وهو حي ، فإذا جاء الأجل ولم[2] يفعل الذي حلف عليه عتق الذي حلف بعتاقته .

[4](**وقال الشافعي**) : إذا قال السيد لعبده : أنت حر إذا مضت سنة أو [5]سنتان ، أو قال شهر كذا ، أو سنة كذا أو يوم كذا ، فجاء ذلك الوقت وهو

---

(١) اي ابن وهب .
(٢) في النسخة بالمثناة فوق .
(٣) اي ابن وهب .
(٤) ام : قال الشافعي رحمه الله وإذا قال الرجل لعبده .
(٥) ام : سنتين أو شهر كذا .

في ملكه فهو حر ، وله أن يرجع في ذلك كله بان يخرجه من ملكه ببيع او هبة او غيره كما[١] يرجع في غيره وإن لم يرجع فيه ، أو كان قال هذا لأمة ، فالقول[٢] فيه قولان : **أحدهما** : أن كل شيء كائن لا يخلف بحال فهو كالتدبير وولدها فيه كولد المدبرة ، وحالها حال المدبرة في كل شيء إلا أنها تعتق من رأس المال ، وهذا قول يحتمل القياس ، وبه[٣] أقول . . . **والقول الثاني** : أنها تخالف المدبرة[٤] ولا يكون ولدها بمنزلتها[٥] وتعتق هي دون ولدها الذين ولدوا بعد هذا القول[٦] . (قال) : ولو قال لعبده في صحته ، أو لأمته : متى قدم فلان فانت حر ، أو متى برأ فلان فأنت حر فله الرجوع بأن يبيعه قبل أن يقدم فلان أو يبرأ فلان . وإن قدم فلان ، أو برأ فلان قبل أن يرجع، عتق عليه من رأس ماله إذا قدم فلان ، أو كان الذي أوقع العتق[٧] عليه به والقائل مالك حي، مريضاً كان أو صحيحاً ، لأنه لم يحدث في المرض شيئاً[٨] . [٩](**قال**) : ولا أعلم بين ولد الأمة يقال لها : إذا قدم فلان فأنت حرة[١٠] وولد المدبرة والمعتقة إلى سنة فرقا[١١] بينا ، بل القياس أن يكونوا في حال واحدة . [١٢](قال) : ولو

---

(١) ن : رجع في غيره ؛ ام : يرجع في بيعه .

(٢) ام : فيها .

(٣) أم : نقول .

(٤) أم : لا .

(٥) ام : تعتق .

(٦) ام : قال الشافعي : ولو قال في صحة لعبده أو امته . متى ما قدم فلان فأنت حر ، أو متى ما بريء فلان فأنت حر ، فله الرجوع بأن يبيعه قبل يقدم فلان ، أو يبريء فلان ، أو بريء فلان .

(٧) ام : عليه او القائل مالكا .

(٨) قال المزني : ولو قال لعبده : متى قدم فلان فأنت حر ، فقدم والسيد صحيح ، أو مريض عتق من رأس المال .

(٩) زاد في الأم بعد قوله : شيئاً : بضعة أسطر لم ينقلها الطبري .

(١٠) ام : وبين ولد .

(١١) ام : يبين .

(١٢) قوله : قال : ليس في الأم .

قال : إذا قدم فلان فأنت حر متى مت[1] واذا جاءت السنة فانت حر متى مت ، فمات ، كان مدبراً في ذلك الوقت . ولو قال : أنت حـر إن مت[2] في مرضي هذا ، أو في سفري هذا ، أو عامي هذا فليس هذا[3] بتدبير[4] ، وإذا صح ثم مـات من غير مـرضه لم يكن حراً ، والتدبـير مـا أثبت السيـد التـدبـير فيـه للمدبر[5] . [6] وإذا قال الرجل لعبده إن شئت فأنت حر متى مت فشاء[7] فهو مدبر ، وإن لم يشأ لم يكن مدبراً[8] وإن قال : إذا مت فشئت فأنت حـر فإن شاء إذا مات فهو حر ، وإن لم يشأ لم يكن[9] حراً ، وكذلك إذا قال : أنت حر إذا مت إن شئت ، وكذلك إن قدم الحرية قبل المشيئة ، أو أخرها[10] [11] ولو قال : إن شاء فلان وفلان فغلامي حر[12] عتقاً بتاتاً ، أو حر بعد موتي ، فإن شاءا كان حراً ، وكان المدبر مدبراً ، وإن شاء أحدهما ولم يشأ الآخر ، أو مات الآخر أو غاب لم يكن حراً حتى يجتمعا فيشاءا[13] معاً بالقول (حدثنا بذلك عنه الربيع) .

---

(١) ن : أو إذا .

(٢) ن : في مرضي : ام : من مرضى هذا .

(٣) ن : تدبير .

(٤) ام : قال الشافعي : وإذا صح ثم مات في مرضه ذلك لم يكن حرا والتدبير الـخ : إلى : للمدبـر قال الشافعي : وإذا صح ثم مات من غير مرضه ذلك لم يكن الخ .

(٥) ما سبق في ص ٣٣ من قوله : وإذا قال الخ إلى : بمنزلة المدبرة : فهو في كتاب الأم تابع لما قبل هذه العلامة .

(٦) ام : السنة في العتق والتدبير : قال الشافعي وإذا الخ : وقال المزني : ولو قال : إن شئت فأنت حر متى مت فشاء فهو مدبر ، ولو قال : إذا مت فشئت فأنت حر ، أو قال : أنت حر إذا مت إن شئت فسواء قدم المشيئة أو أخرها ولا يكون حراً إلا أن يشاء .

(٧) أم : هو .

(٨) أم : قال الشافعي ، وإذا قال :

(٩) ام : حر وكذلك إن قال :

(١٠) زاد في الأم بعد قوله : اخرها : نحو صفحة لم ينقلها الطبري .

(١١) ام : قال الشافعي : وكذلك لو قال : الخ .

(١٢) ام : عتق بتات او حر بعد موتي ، وإن شاء احدهما الخ

(١٣) ام : بالقول معاً .

(**وقال أبو حنيفة وأصحابه**) : إذا قال الرجل لعبده : إن حدث بي حدث في سفري هذا ، أو مرضي هذا فأنت حر ، فإن هذا لا يكون مدبراً فإن مات في ذلك الوجه ، أو من ذلك المرض عتق العبد من ثلثه ، وإن مات بعد رجوعه من ذلك السفر ، ومن بعد البرء من ذلك المرض ، فإن العبد لا يعتق وله أن يبيعه قبل أن يبرأ وقبل أن يقدم من سفره إن شاء الله ، وكذلك لو قال : إن قتلت فأنت حر ، وكذلك لو قال : إن مت بموضع كذا فأنت حر ، لا يكون مدبراً كل شيء وصفه من الموت لا يعلم أنه يموت به فإنه لا يكون مدبراً ، ألا ترى أن مولاه لو مات قبل[1] الرحيل كان العبد للورثة ، ويقسم فكيف يكون مدبراً ؟ وسهام الورثة تجري فيه . وإذا قال له : أنت حر بعد موت فلان وموتي ، أو بعد موتي وموت فلان فهو سواء ، ولا يكون مدبراً ، وله أن يبيعه إن شاء . فإن مات المولى قبل فلان كان للورثة أن يبيعوه ، وإن مات فلان قبل المولى كان مدبراً ليس لمولاه أن يبيعه ، ألا ترى أنه لو قال : أنت حر بعد كلامك فلانا[2] وبعد موتي ، فكلم فلاناً كان مدبراً ، وكذلك إذا قال له : إذا كلمت فلانا فأنت حر بعد موتي ، فكلمه فإنه يكون مدبراً .

وإذا قال لعبده : أنت حر بعد موتي إن شئت ، فإن هذا لا يكون مدبراً . فإن كان المولى ينوي بالمشيئة : إن شئت الساعة[3] فشاء العبد ذلك ساعتئذ فهو حر . وإن كان ينوي بالمشيئة بعد الموت ، فليس للعبد مشيئة حتى يموت المولى ، فإن مات المولى فشاء عند موته فهو حر من ثلثه . (**قالوا**) : وإذا قال الرجل : كل مملوك لي حر بعد موتي ، فما كان في ملكه يوم قال هذه المقالة ، فهو مدبر ، وما ملك بعد هذه المقالة من مملوك فإنه لا يكون مدبراً ،

---

(١) ن : الرجل .

(٢) ن : او بعد .

(٣) ن : فسال .

ولـه أن يبيعه ، ولكن إن مـات وهو في ملكـه عتق من ثلثه مع المـدبرين ، وكذلك إذا قال : كل مملوك لي إذا أنا مت فهو حر فهو مثل ذلك أيضاً . فإن كان مملوك بينه وبين آخر في ملكه يوم قال هذه المقالة فإنه لا يعتق من قبل أنه ليس له بمملوك تام .

(وقالوا) : إذا قال الرجل لعبدين له : أنتما حران بعد موتي إن دخلتما هذه الدار ، فدخل أحدهما[1] ومات الآخر فإنه لا يكون مدبراً من قبل إنهما لم يدخلا جميعا . وكذلك لو قال : إن شئتما فأنتما مدبران فمات أحدهمـا قبل أن يشاء فإن الثاني لا يكون مدبراً . (**وقالوا**) : إذا جعل الرجـل أمر عبـده إلى صبيّ ، فقـال : دبره فـدبره ، فهـو جائـز وإن قام من ذلـك المجلس قبل أن يدبره ، فليس له أن يدبره بعد ذلك وكذلك لو جعل أمره إلى رجل مجنون[2] مغلوب أو إلى صحيح فهو سواء ، وإن جعل أمره إلى رجلين فدبر أحدهما ولم يدبر الآخر فإنه لا يجوز . (**وقالوا**) : إذا قال الرجـل لرجلين دبـرا عبدي ، فدبره أحدهما فإنه جائز من قبل انهما هاهنـا رسولان ، له أن ينهاهمـا ، وهما في الباب الأول أمره إليهما ليس له أن ينهاهما (الجوزجاني عن محمد) .

(**وعلة من قال : يقول مالك**) : إن المعتق عبده إلى أجل ، إذا مات قبل الأجل، إن العبد يعتق عند الآجل من رأس المال ،إن ذلك عتق في الصحة لا وصية ،وإنما يعتق من الثلث ما كان وصيـة ، أو في معنى الوصية . من عتق في مرض ومولى العبد المعتق إلى أجل إنما أعتق في صحته فمتى جاء الأجل ، وهو في ملكه ،كان حراً من رأس ماله . (وعلته) في منع الحالف بعتق عبـده إن لم يفعل كذا من بيعه قبل فعله ما حلف عليه . ووطئه الجارية المحلوف عليها بذلك

---

(1) اي مات الآخر قبل أن يدخل فإن الذي دخل لم يكن مدبّراً .

(2) اي مغلوب على عقله .

حتى[1] يبـرَّ في يمينه إن الحجـة مجمعة عـلى عتق العبد المحلوف عليـه ، فهذه اليمين إن مات السيد الحالف ، وقد فرط في فعل ما حلف عليه مع قدرته على فعله تطاولت مدة حياته بعد اليمين مـع إمكان الفعـل ، أو قصرت ، فلما كان العبد محبوساً على عتقه بموت السيـد ، أو ثبوت رقه ببرّ السيـد في يمينه ، لم يكن للمولى بيعه ولا[2] وطؤ الجارية ، إن كان المحلوف عليه جارية ، حتى تعلم صحة أمره من الرق ، أو العتق .

(**وعلة من قال**) : إن مات المعتق عبده إلى أجل قبل الأجل إن عتقـه باطل إن الجميع مُجْمِعُونْ على أن رجلاً لو قال لعبده : إذا قدم فلان فأنت حر ، ثم مات قائل ذلك والعبد المقول له ذلك في ملكه ، ثم قدم فلان ذلك أن العبد لا يعتق لأن ملك السيد قد زال عن عبده بموته ، وكان ملكا لغيره من الورثة فلا يعتق عبد غيره بقوله الذي كان منه في حال ملكه ، لأنه لم يدبره ولم يوص بعتقه فكذلك المعتق إلى أجل إذا مات قبل مجيء الأجل والعبد في ملكه .

(**وأما علتهم**) في سائر المسائل غيرها على اختلافهم فيها فشبيهة بعللنا لهم في المسائل قبلها فيما يكون به العبد من القول مدبراً ، وما يكون وصية من الثلث ، ولا خلاف بين الجميع أن رجلاً لو قال لعبده : أنت حر غداً ، أو بعد موتي أنه لا يقع العتق إلا في الوقت الذي أوقعه السيد .

ثم اختلفوا في عتق المدبر إذا مات سيده قبل رجوعه عن تدبيره أمن جميع ما له عتقه ، أم من الثلث

(**فقال مالك**) : (فيما حدثني يونس عن أشهب وابن وهب عنه) . . . (**والاوزاعي**) (فيما حدثني به العباس عن أبيه عنه) . . . (**والثوريّ**)

---

(١) ن : بين .

(٢) ن : وطى .

(فيما حدثني به عليّ عن زيد عنه) (والشافعيّ) (فيما حدثنا به الربيع عنه) .
. . (وأبو حنيفة وأصحابه) (وأبو ثور) : إذا مات سيد المدبر عتق المدبر من ثلث ماله .

(وقال مسروق بن الأجدع) : يعتق من جميع المال (حدثنا بذلك أبو كريب وأبو السائب قالا : حدثنا عبد الله بن ادريس قال : أخبرنا ابن أبجر عن الشعبي أن مسروقاً كان يجعل) المدبر يخرج فارغاً من جميع المال (وحدثنا محمد بن بشار قال : حدثنا عبد الرحمن بن مهدي قال : حدثنا[1] سفيان عن ابن أبجر عن الشعبي مثله) (وهو قول الشعبي) .

(علة من قال بقول مالك في ذلك) إجماع الحجة على ما قال .

(علة من قال بقول مسروق فيه) القياس على ما أجمعت الحجة عليه من حكم أم الولد أنها مملوكة لسيدها لاتباع ولا توهب ويستمتع بها سيدها فإذا[2] مات السيد عتقت من رأس ماله ، وهي معتقة عن دبر ، فكذلك حكم كل معتقة عن دبر فمن رأس المال .

(قال أبو جعفر : والحق في ذلك عندي) ما قال مالك ، ومن ذكرنا قوله انه من الثلث لإجماع الحجة على ذلك .

ثم اختلفوا في السيد هل له أن يرجع عن تدبيره ببيع أو قول او غير ذلك من وجوه الرجوع ؟

[3](فقال مالك)[4] الأمر عندنا في المدبران صاحبه لا يبيعه ولا يحوّله

---

(١) لا أعلم من يعني من السفيانين لأن ابن ابجر شيخهما وابن مهدي تلميذهما جميعاً .
(٢) ن : مال .
(٣) موطأ : بيع المدبر .
(٤) م : الأمر المجتمع عليه عندنا .

عن موضعه الذي وضعه[1] عليه وأنه إن رهق سيده دين فإن غرماءه لا يقدرون على بيعه ما عاش سيده ، فإن مات سيده ولا دين عليه فهو في ثلثه لأنه استثنى عمله ما عاش ، فليس له أن يخدمه حياته ثم يعتقه على[2] وارثه إذا مات من رأس[3] ماله[4] ، ولكنه يكون في الثلث ويكون الثلثان للورثة ، وإن مات سيد المدبر ولا مال له غيره عتق ثلثه ، وكان ثلثاه للورثة[5] ، وإن مات سيد المدبر وعليه دين يحيط بالمدبر ،بيع في دينه لأنه إنما يعتق في الثلث .[6] وإن كان يحيط بنصف المدبر بيع نصفه ، ثم عتق ثلث ما بقي منه بعد الدين . (**قال**) : وهذه سنة المدبر التي لا خلاف فيها ببلدنا (حدثني بذلك يونس عن ابن وهب عنه) . (**وقال مالك**) : لا أرى أن يباع المدبر فإن هو بيع بجهالة وعتق وطال زمانه وتفاوت ذلك فأرى أن ينفذ عتقه ، ويكون الولاء للذي اشتراه واعتقه .

(**وقال الأوزاعيّ**) : لا يجوز بيع المدبر (حدثني بذلك العباس عن ابيه عنه) .

(**وقال الثوري**) : إذا باع الرجل المدبرة من رجل فإن البيع مردود (قال) ولا يجوز بيع المدبر والمدبرة (حدثني بذلك علي عن زيد عنه) .

[7](**وقال الشافعي**) المدبر ومن لم يدبر من العبيد سواء، يجوز بيعهم متى شاء مالكهم ، وفي كل حق لزم مالكهم يجوز بيعهم متى شاء ، وفي كل ما يباع

---

(١) م : فيه وانه .

(٢) م : ورثته .

(٣) بعض نسخ الهند : مال .

(٤) قوله : ولكنه الخ : الى : الثلثان للورثة : ليس في الموطأ .

(٥) م : فان .

(٦) م : فإن كان الدين لا يحيط إلا بنصف العبد بيع نصفه للدين ، ثم الخ : وفي بعض نسخ الهند : قال : فإن كان الخ . . .

(٧) لم اجد قوله : قال الشافعي : إلى قوله : إلا ببيعهم : في الأم .

فيه مال سيدهم إذا لم يوجد له وفاء إلا بيعهم .[1] (وقال) : إذا دبر الرجل عبده فله الرجوع في[2] تدبيره بأن يخرجه من ملكه[3] [4](قال) ولو لزم سيده دين بدىء[5] بعتق المدبر من ماله فبيع عليه ، ولا يباع المدبر حتى[6] لا يوجد له قضاء إلا ببيعه ، أو بقول السيد : قد أبطلت تدبيره وهو على التدبير حتى يرجع فيه أو لا يوجد له مال يؤدى[7] منه دينه غيره .[8] (قال) : ولو لم يلزم سيده دين كان له ابطال تدبيره ، فإن قال سيده : قد رجعت في تدبير هذا العبد ، أو ابطلته أو نقضته ، أو ما أشبه ذلك مما يكون مثله رجوعاً في وصيته لرجل ، أو أوصى له به ، لم يكن ذلك نقضاً للتدبير حتى يخرجه من ملكه ذلك وهو[9] مخالف الوصية في هذا ويجامع الإيمان[10]. وكذلك لو دبره ثم وهبه لرجل هبة بتات قبضه ، أو لم يقبضه ، أو رجع في الهبة ، أو تم عليها أو أوصي به لرجل أو تصدق به عليه أو وقفه عليه في حياته ، أو بعد موته ، أو قال : إن أدى بعد[11] موتي كذا وكذا فهو حر ، فهذا كله رجوع في التدبير[12] ناقض له[13]. (قال)[14] :

---

(١) ام : قال الشافعي وإذا دبر .

(٢) ام : التدبير .

(٣) ما يلي في ص ٤٩ من قوله : وإن قال المدبر للسيد : عجل لي العتق الخ : إلى قوله : وقد بطل التدبير : فهو في كتاب الأم تابع لما قبل هذا العلامة، وزاد في الأم بعد قوله : وقد بطل التدبير :بضعة أسطر لم ينقلها الطبري .

(٤) قوله : قال : ليس في الأم .

(٥) ام : بغير المدبر .

(٦) ام : حتى يوجد .

(٧) ام : يؤدي دينه .

(٨) ام : قال الشافعي .

(٩) ام : يخالف الوصية في هذا الموضع ويجامع معنى الإيمان .

(١٠) قال المزني : وقال في موضع آخر : إن أدى بعد موتي فهو حر ، أو وهبه هبة بتات قبض ، أو لم يقبض ورجع فهذا رجوع في التدبير

(١١) ام : موتي كذا فهو حر .

(١٢) ام : ناقضاً له .

(١٣) زاد في الأم بضعة أسطر . . .

(١٤) ام : ولو دبر ثم الخ .

ولو دبره ، ثم أوصيَ بنصفه لرجل كان النصف للموصى له به،وكان النصف مدبراً .

فإن رد صاحب الوصية[1] الوصية ومات السيد المدبر لم يعتق من العبد إلا النصف لأن السيد قد أبطل التدبير في النصف الذي[2] أوصى به ، فكذلك لو[3] باع نصفه وهو حيّ ، أو[4] وهب نصفه وهو حيّ كان قد أبطل التدبير في النصف الذي باع ووهب والنصف الثاني مدبر ما لم يرجع فيه .[5] وإذا كان له أن يدبر على الابتداء[6] نصف عبده كان له أن يبع نصفه ، ويقر النصف مدبراً بحاله .[7] ، وكذلك إن دبره ثم قال : قد رجعت في[8] تدبير ثلثك ، أو ربعك ، أو نصفك فأبطلته كان ما رجع فيه[9] منه خارجاً من التدبير ، وما لم يرجع فيه فهو على تدبيره بحاله[10].

[11](قال) ولو دبر رجل عبده ثم قال : اخدم فلاناً لرجل[12] آخر ثلاث سنين وأنت حر ، فإن غاب المدبر القائل هذا ، أو خرس أو ذهب عقله[13] قبل

---

(١) ن : صاحب الوصية ومات .

(٢) ن : أوصاه .

(٣) ام : وهب .

(٤) ام : باع .

(٥) ام : وان .

(٦) ام : ونصف .

(٧) مزني : قال المزني : هذا رجوع في التدبير بعد إخراج له من ملكه ، وذلك كله في الكتاب الجديد ، وقال في الكتاب القديم : لو قال قد رجعت في تدبيرك أو في ربعك أو نصفك كان ما رجع عنه رجوعاً في التدبير ، وما لم يرجع عنه مدبر بحال قال المزني : هذا أشبه باصله

(٨) ام : تدبيري ثلثك .

(٩) ام : منه بإخراجه من ملكه خارجاً من التدبير ، ولم يرجع الخ . . .

(١٠) زاد في الأم بضعة أسطر موضوعها كتابه المدبر .

(١١) ام : قال الشافعي : ولو دبر الخ .

(١٢) ام : لرجل حر .

(١٣) ن قبل أن يسلم : ام : قبل يسال .

أن[1] يُسأل لم يعتق العبد أبداً إلا بأن يموت[2] السيد المدبر وهو يخرج من الثلث ويخدم فلاناً ثلاث سنين ، فإن مات فلان قبل موت السيد ، أو بعده ولم يخدمه ثلاث سنين لم يعتق أبداً لأنه اعتقه بشرطين فبطل احدهما . وإن سئل السيد فقال : أردت إبطال التدبير وإن يخدم فلانا ثلاث سنين ، ثم هو حر ، فالتدبير باطل . وإن خدم فلاناً ثلاث سنين فهو حر ، وإن مات فلان قبل[3] أن يخدمه ، أو[4] لم يخدمه العبد لم يعتق . [5]ولو أراد السيد الرجوع في الإخدام رجع فيه ، ولم يكن العبد حراً . وإن قال : أردت أن يكون مدبراً[6] وأن يخدم فلاناً ثلاث سنين ، والتدبير بحاله لم يعتق إلا بهما معاً كما قلنا في المسألة الأولى . [7] (قال) : ولو أن رجلاً دبر عبداً ثم قال قبل موته : إن أدى مائة بعد موتي فهو حر ، أو عليه خدمة عشر سنين بعد موتي ، ثم هو حر أو[8] قال : هو حر بعدي بسنة فإن أدى مائة ، أو[9] خدم عشر سنين بعد موته ، أو اتت عليه بعد موته سنة فهو حر ، وإلا لم يعتق ، وكان هذا كله وصية أحدثها له ، وعليه بعد التدبير شيء أولى من التدبير كما يكون لو قال : عبدي هذا لفلان ، ثم قال : بل نصفه لم يكن له إلا نصفه (حدثنا بذلك عنه الربيع) .

(**وقال أبو حنيفة وأصحابه**) : إذا أعتق الرجل مملوكا له عن دبر منه

---

(١) اي يسأل هل أراد ابطال التدبير والرجوع فيه أم لا كما يظهر مما يلي .
(٢) ام : سيد العبد أو بعده ، أو يخدمه ثلاث سنين الخ .
(٣) ن وام : قبل يخدمه .
(٤) ام : او يخدمه .
(٥) ام : وإن أراد .
(٦) ام : بعد خدمة فلان .
(٧) ام : الأولى ولو أن الخ .
(٨) ام : قال بعد موتي بسنة الخ .
(٩) ام : خدم بعد موتي عشر سنين ، أو انت عليه بعد موتي سنة .

فليس له أن يبيعه ولا يرهنه ، وله أن يؤاجره ويستعمله ، وله أن يزوجه ، وإن كانت أمة زوجها إن شاء ومهرها له . (**قالوا**) : ولا يباع المدّبر في دين على مولاه ، ولكن يسعى فإن كان هذا الدين أقل من قيمته سعى في الدين ، وفي ثلثي ما بقي من قيمته للورثة. ولا تجوز شهادة المدبر ما دام يسعى في شيء من قيمته ،وهو بمنزلة العبد في جنايته والجناية عليه (في قول أبي حنيفة) . وإن كانت أمة قد ولدت ولداً ثم ماتت الأمة فعلى ولدها أن يسعى فيها على أمه . وحال الولد مثل حال العبد في شهادته وجنايته والجناية عليه (الجوزجانيّ عن محمد) . (**وقال**) : السيد المدبر له بيع مدّبره وإبطال تدبيره .

(**وعلة من قال**) : لا يجوز الرجوع في التدبير القياس على إجماع الحجة في أمّ الولد أنها مملوكة لسيدها أوجبت ولادتها من سيدها لها عتقا بعد وفاة السيد بلا فصل ، وأنها لذلك من العلة لا يجوز بيعها ولا هبتها ولا إخراجها من ملكه إلاّ بعتق ، وأن للسيد الاستمتاع بها وإجارتها فيما تجوز إجارتها فيه ، فكذلك المدبر والمدبرة أوجب لهما سيدهما بقول : كان منه عتقاً بعد وفاته بلا فصل ، فليس له[1] منهما إلا ما لسيد أمّ الولد منها، وهو ممنوع من إحداث ما هو ممنوع من إحداثه في أمّ ولده إلى أن يموت فتعتق .

(**علة من قال**) : لسيد المدبر الرجوع في تدبيره وبيعُه وهبته واحداث كل ما له أن يحدثه في مماليكه الذين لم يدبرهم قيام الحجة على أن المدبر من الثلث وتفريقُ الامة بين حكمه ، وحكم أم الولد في أن المدبر إنما يعتق من الثلث ، وأن أمّ الولد إنما تعتق من جميع المال وإجماع الجميع أنّ ما عتق من الثلث بكل حال لا في حال دون حال سبيلهُ ، وحكمه سبيل الوصايا وحكمها ، وإن ما عتق من جميع المال فسبيله سبيل الديون والحقوق اللازمة التي هي مخالفة معاني الوصايا ، فلما صح افتراق حكم المدبر والمدبرة وحكم امّ

---

(١) ن : منها .

الولد في أن المدبر من الثلث ، وأن امّ الولد من جميع المال ثبت أن حكم التدبير حكم الوصايا التي لصاحبها الرجوع فيها أيام حياته[1] وتغييرُها وتبديلها عما[2] سبلها عليه ، وأن حكم عتق امّ الولد حكم الحقـــوق اللازمة التي لا يقدر من لزمته على تبديلها وتغييرها إلا بالخروج منها ، (ثم حدثني به سليمان بن عمر بن خلد بن الأقطع الرَقيّ قـال : حدثنـا عبد الله بن المبارك عن[3] سفيان بن سعيد عن أبي الزبير عن جابر (قال) : أعتق رجل من الأنصار ، يقال له ، أبو مذكور ، غلاماً له يقال له : يعقوب من دبر ، فبلغ ذلك (النبيّ ﷺ) (فقال) « هل له مال غيره ؟ فقالوا : لا . (فقال) : من يشتريـه ؟ فباعه بثماني مـائة درهم من نعيم بن النحّام ، (ثم قال) : أنفق هذا على نفسك ، فأن فضـل فضلٌ فعلى أهلك ، فإن فضل فَعلى عِيالك ، فإن فضل فها هنا وها هنا » .

(**وعلة من يقول : بقول مالك**) في أنه يباع في دين الميت إذا لم يـوجد له[4] وفاء غيره انه لما قامت الحجة على انه من الثلث ، وخالف في هذا المعنى دون سائر المعاني امّ الولد جاز بيعه في الدين إذا كان ذلك من معاني الوصـايا والدين مبدّأ به على الوصايا .

(**قال أبو جعفر** : والحق في ذلك عندي وبالله التوفيق) : أن التدبير في معنى الوصية ، فكل ما كان رجوعاً في الوصية فهو رجوع فيه ، وكل ما جاز في الوصية فجائز فيه .

---

(١) ن : وبعيرها .

(٢) ن : سلها .

(٣) أي الثوري .

(٤) ن : وفا دون غيره : وهذا لا معنى له ها هنا لأن الإمام لم يستوجب بيع المدبر قبل غيره من مال سيده ، بل من قوله : إنه يباع إن لم يكن لسيده مال غيره ، أو إن كان عليه دين يحيط بالمدبر ، أو بعضه فيباع كله ، أو قدر الدين منه . .

واختلفوا في بيع خدمة المدبر من نفسه أو من غيره

[1](**فقال مالك**) : لا يجوز بيع المدبر ، ولا يجوز لأحد أن يشتريه إلا أن يشتري المدبر نفسه من سيده فيكون ذلك جائزاً له ، أو يعطي أحد سيد المدبر مالاً ويعتقه سيده الذي دبر فذلك[2] جائز أيضاً (حدثني بذلك يونس عن ابن وهب عنه) . (وقال)[3] : لا يجوز بيع خدمة المدبر لأنه غرر[4] لا يدري كم يعيش سيده[5] الذي دبره ، فذلك غرر لا يصلح[6] وهي من المخاطرة ، فإن طالت حياته غبن البائع ، وإن قصرت حياته غبن المبتاع حتى يكون خدمة معروفة إلى أجل مسمى .

(وقال)[7] في مدبر قال لسيده : عجل لي العتق وأعطيك[8] خمسين ديناراً فقال : سيده نعم ، أنت حر ، وعليك خمسون ديناراً تؤدي إليّ [9]كل عام عشرة دنانير ،فرضي[10] العبد بذلك ثم هلك السيد بعد ذلك[11]بيومين ، أو ثلاثة (قال مالك) :[12] قد[13] ثبت العتق ، وصارت الخمسون[14]ديناً

---

(١) موطأ : بيع المدبر .
(٢) م : يجوز له أيضاً وولاؤه لسيده الذي دبره .
(٣) زرقاني : ولا .
(٤) وفي بعض نسخ الموطأ وشرح الزرقاني : إذ لا يدري .
(٥) م : سيده فذلك غرر الخ .
(٦) قوله : وهي من المخاطرة الخ : إلى : أجل مسمى : ليس في رواية يحيى .
(٧) م : جامع ما جاء في التدبير .
(٨) في بعض نسخ الموطأ : خمسين منها منجمة على : وفي بعضها : خمسين ديناراً منجمة على .
(٩) زرقاني : في كل عام .
(١٠) م : بذلك العبد .
(١١) وفي بعض نسخ الهند وشرح الزرقاني : بيوم أو يومين أو ثلاثة .
(١٢) قوله : قد : ليس في رواية يحيى .
(١٣) في بعض نسخ الهند : ثبت له العتق : وفي بعضها وشرح الزرقاني : يثبت له العتق .
(١٤) م : دينارا دينا .

عليه ، وجازت شهادته[1] وثبتت حرمته وميراثه وحدوده[2] في حياة سيده ، ولا[3] يضع موت سيده عنه شيئاً من الدين .

(**وقال الأوزاعيّ**) : لا ينبغي أن تباع خدمة المدبر إلا أن يُعتق ثم يُستخدم (حدثني بذلك[4] العباس عن أبيه عنه) . [5] قال : **وسئل الاوزاعيّ** عن الرجل يدبر **عبده أو امته** ، ثم يريد أن يبيع خدمتها من نفسها فلمن ولاؤهما ؟ (قال) : للمولى . **وسئل** عن المدبر[6] تشترى خدمته ، ثم يموت سيده ؟ (قال) : إن كان[7] باعه بمال حالّ أخذ منه ، وإن كان بمال إلى أجل نجّمه عليه نجوماً ، فإن كان حل شيء من نجومه أخذ منه ، وكان له ما بقي ، وإن كان بمال إلى أجل فليس عليه شيء .

(**وقال الثوري**) : إذا باع الرجل خدمة أم ولده ، أو[8] مدبرته من رجل فإن البيع مردود ، ويكون عليه أجر مثلها ، وإذا باع الرجل أم ولده ، أو مدبرته من نفسها عتقت ، وكان ديناً عليها (حدثني بذلك علي عن زيد عنه)

[9] (**وقال الشافعي**) : بيع خدمة المدبر باطل[10] وإن المدبر للسيد : عجل لي العتق ولك عليّ خمسون ديناراً[11] قبل أن يقول[12] السيد قد رجعت في

---

(١) وفي بعض نسخ الهند : وتثبت .

(٢) قوله : في حياة سيده : ليس في رواية يحيى .

(٣) م : يضع عنه موت سيده شيئاً من ذلك الدين : وفي بعض نسخ الهند : يضع عنه بموت سيده الخ .

(٤) ن : عباس : وفي غير هذا الموضع دائماً : العباس .

(٥) اي العباس او ابوه .

(٦) اي يشتريها المدبر لأن الأوزاعي لم يُجز الا بيع خدمته من نفسه لا بيع رقبته لغيره .

(٧) اي باع خدمته من نفسه .

(٨) ن : مدبره .

(٩) قوله : وقال الشافعي بيع خدمة المدبر باطل : لم اجده في كتاب المدبر من الأم .

(١٠) ام : وان قال له المدبر عجل لي بالعتق ولك الخ .

(١١) ن : قبل يقول : ام : قبل ان يقول .

(١٢) ام : سيده رجعت الخ .

تدبيري فقال السيد : نعم فأعتقه ، فهذا عتقٌ على مال ، وهو حر كله ، وعليه الخمسون ديناراً ، وقد بطل التدبير . [١](قال) : ولو دبره ، ثم قال له : أنت حر على أن تؤدي كذا وكذا كان حرّا على[٢] الشرط الآخر إذا قال : أردت بهذا رجوعاً في التدبير[٣] ، وإن لم يرد بهذا رجوعاً في التدبير عتق إذا أدّى ، فإن مات سيده قبل أن يؤدي عتق بالتدبير ، وإن أراد بهذا رجوعاً في التدبير ، فهو رجوع فيه ، ولا يكون هذا رجوعاً في التدبير إلا بقول يبيّن به أنه أراد رجوعاً في التدبير غير هذا القول . فإن دبره ، ثم قاطعه على شيء [٤]وتعجله العتق فليس هذا نقضا للتدبير والمقاطعة على ما[٥] يقاطعها عليه ، فإن أداه عتق ،[٦] وإن مات السيد قبل أن[٧]يؤدي المدبر عتق المدبر ، بالتدبير (حدثنا بذلك عنه الربيع) .

(**وقال أبو حنيفة وأصحابه في ذلك**) : مثل قول الثوريّ (الجوزجانيّ عن محمد) .

(**وقال ابرهيم النخعي**) : تباع خدمة المدبر ولا تباع رقبته (حدثنا بذلك يعقوب بن ابرهيم قال : حدثنا هشيم عن مغيرة ، عن ابرهيم وعبيدة عن ابرهيم) .

(**علة من قال لا يجوز بيع خدمة المدبر**) إجماع الحجة على ذلك وإن

---

(١) ام : قال الشافعي : ولو دبره الخ : وهذا في كتاب الأم تابع لما سبق في ص ٤٠ إلا أن بينهما في الأم نحو صفحة لم ينقلها الطبري .

(٢) ام : السرطين .

(٣) ام : فهو رجوع في التدبير غير هذا القول فإن دبره الخ .

(٤) قوله : وتعجله : كذا في الأم ، وكذا أيضاً ما كان في النسخة اولاً ، ثم ابدل : وتعجل له .

(٥) أم : تقاطعاً .

(٦) أم : فإن .

(٧) ام : يؤديه .

الكل مجمعون على إبطال بيع لبس الثياب وسكنى الدور ، فكان كذلك بيع منفعة كل ما له منفعة باطل ، وإنما تُستأجر المنافع وتباع الرقاب .

(**وعلة من أجاز بيعها**) القياس على إجماع الحجة على أن استئجار المدبر جائز للخدمة وذلك إعطاء عوض على خدمته ، فكذلك إعطاء العوض على خدمته بمعنى البيع جائز قياسا على إجماعهم على الإجارة .

(**قال أبو جعفر** : والحق في ذلك عندي) أن بيع خدمة المدبر باطل لما ذكرنا من العلل .

واختلفوا في حكم العبد بين اثنين يدبره أحدهما

[1](**فقال مالك**) : في العبد يكون بين الرجلين فيدبر أحدهما[2] حصته إن ذلك ليس له ، وإنهما يتقاومانه فإن اشتراه الذي دبره كان مدبراً كله ، وإن لم يشتره انتقض تدبيره إلا أن يشاء الذي بقي له فيه الرق أن يعطيه شريكه الذي دبره بقيمته فإن[3] أعطاه بقيمته لزمه ذلك ، وكان مدبراً كله (حدثني بذلك يونس عن ابن وهب عنه) . (وحدثني يونس عن أشهب) قال : سمعت مالكا يُسئل عن العبد بين الرجلين يأذن أحدهما لصاحبه أن يدبر حصته (فقال) : أرى أن يتقاوماه أذن له ، أو لم يأذن له ، فإن صار للذي دبر كان مدبراً كله ، وإن صار للذي لم يدبر انتقض التدبير نحن نقول هذا وما هو بالبين لا شبهة فيه . [4]قال : وسمعته يُسأل عن : العبد بين الرجلين فيدبر أحدهما حصته ، فيقول الذي لم يدبر[5] : لا أريد مقاومتك إياه انا أقره مدبرا عليك نصفه (فقال) : ليس هذا بحسن حتى يتقاوماه . [4]قال : وسمعته

---

(١) م : الى : مدبرا كله : بيع المدبر .
(٢) م : حصته انهما يتقاومانه .
(٣) م : أعطاه اياه بقيمته .
(٤) اي أشهب .
(٥) ن : يدبر أريد .

سئل عن عبد بين رجلين قد دبراه جميعاً ، ثم إن أحدهما أعتقه بتلا ، (فـاطرق فيها ثم قال) : أرى أن يقوّم عليه فيعتق عليـه كله ، ولا ينتظر بـه أن يموت سيده الذي دبره لأن أصل هذا التدبير ليس بحسن أن يدبر الرجلان جميعا عبداً بينهما .

(وقال الأوزاعيّ) :وسئل عن رجلين دبرا جارية بينهما فمات أحدهما، (قال) : تقوّم قيمـة عدل ويتـرك لها النصف ، وتسعى في نصف النصف ، وذلك الربع (حدثني بذلك العباس عن أبيه عنه) .

[1](وقال الشافعي) : إذا كـان العبد بـين الرجلين[2] فـدبره أحـدهما فنصيبه مدبر[3] وللآخر بيع نصيبه لأن التدبير عندي وصيـة ، ولا قيمة عليـه لشريكه ، [4]ولو مات فعتق نصفه لم يكن عليه قيمة لأنه وصية (حدثنا بذلك عنه الربيع) .

(وقال ابو حنيفة) : إذا كانت الأمة بين رجلين فـدبرهـا أحدهمـا فإن الآخر بالخيار إن شاء دبر ، وإن شاء أعتق وإن شـاء استسعى الأمة في نصف قيمتها وإن شاء ضمّن صاحبه إن كان موسراً ، فإن أعتق البتة وهو موسر فإنـه يضمن لشريكه نصف الخدمة إن شـاء ذلك الشـريك ، وإن شـاء الشريـك استسعى الخادم في ذلك ، والولاء بينهما . وإذا دبرها أحدهما فأختار الآخر أن يضمّن صاحبه المدبّر وهو موسـر فله ذلك ، وتكـون الجاريـة نصفها مـدبراً ،

---

(١) ام : العبد يكون بين الاثنين فيدبره أحدهما : قال الشافعي : وإذا كان الخ . . .

(٢) ام : فيدبره .

(٣) قوله : وللآخر : إلى : عندي وصية : سقط في نسخه الأم : وقال الإمام في اختلاف العراقيين ، من ضمن كتب الأم ، قال الشافعي : وإذا كان العبد بين رجلين فدبره أحدهما فللآخر بيع نصيبه لأن التدبير عندي وصية ، وكذلك الذي دبر ، وهذا مكتوب في كتاب المدبر .

(٤) ام : لأنه أوصى لعبده في نفسه بوصية له الرجوع فيها ، فلما لم يوقع العتقَ بكل حال لم يكن ضامنا لشريكه ولو مات الخ . . .

ونصفها رقيقاً ، فإن شاء وطئها وإن شاء آجرها ، وليس له أن يبيعها ، ولا يهبها . وإذا مات وله مال فإن نصفها يعتق بالتدبير ، وتسعى في نصف قيمتها ، فإن لم يكن له مال غيرها عتق ثلثها وسعت في ثلثي قيمتها .

(**وقال أبو يوسف ومحمد**) : إذا كانت الأمة بين رجلين فدبرها أحدهما فهو ضامن لنصف قيمتها موسراً كان ، أو معسراً ، والجارية كلها مدبرة للذي دبرها ، وإن أعتقها الآخر فعتقه باطل ، وإن كان المولى الذي دبر معسراً سعت الأمة للشريك في نصف قيمتها والولاء للذي دبر .

(**والعلل على اختلافهم في هذه المسألة**) شبيهة بعللنا للمختلفين في العبد بين شريكين يعتق أحدهما حصته ، وقد ذكرنا ذلك في موضعه فأغنى عن إعادته في هذا المكان .

(**قال أبو جعفر** : والحق في ذلك عندي وبالله التوفيق) أن التدبير في معاني الوصايا ، وقد أجمعوا أن للرجل أن يوصي ببعض عبده لمن جازت له الوصية فكذلك جائز له أن يوصي بنصفه له ويعتق نصفه مع خروج نفسه بلا فصل ، تدبيراً لا فرق بين ذلك ، وليس لشريكه عليه إذا فعل ذلك سبيل .

(**وأجمعت الحجة التي لا يجوز عليها السهو والخطأ**) أن تدبير الجارية الحامل من زوجها العبد جائز ، وأن سيدها إن دبرها وما في بطنها ، فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من يوم دبرها ، وما في بطنها أنهما جميعاً مدبران .

ثم اختلفوا في حكم ما في بطنها إن أفردها السيد بالتدبير أو أفرد ما في بطنها أو حدث لها ولد بعد التدبير

(فحدثني يونس قال : أخبرنا ابن وهب قال) : [1](قال مالك) : إذا

---

(١) إلى قوله : ويعتق بعتقها : القضاء في ولد المدبرة : قال مالك في مدبرة دبرت وهي حامل . . .

دبر الرجل وليدة له ، وهي[1] حامل فولدها على مثل حالها إنما ذلك بمنزلة رجل أعتق جارية له ، وهي حامل ولم يعلم بحملها[2] فالسنة أن ولدها يتبعها يعتق بعتقها . (**وحدثني يونس عن أشهب**) قال : **سمعت مالكاً يقول** : أولاد المدبرة إذا ولدت ، فهم بمنزلتها بعد التدبير يرقون برقها ، ويعتقون بعتقها . فقيل له : أرأيت إن أعتق المدبر أمهم أيعتقون معها ؟ (فقال) : لا ؛ إن أعتق أمهم لم يعتقوا معها حتى يموت الذي دبر أمهم ، فيعتقون بالتدبير لا أرى عتقه أمهم لهم عتقاً ، ولا يعتق إلا أمهم قط ، وأرى إذا أعتق أمهم أن يبين فيقول : إني إنما أعتقتها وحدها لست أدخل في ذلك ولدها ذلك أبين وأجود ، ولو فعل ولم يبين ذلك لم أرَ العتق إلا لأمهم وحدها دونهم . [3] قال : **وسمعته سئل** عمن دبر أمة ، ثم ولدت أولاداً بعد التدبير ، ثم مات الذي دبرها أتبدأ أمهم بالعتق عليهم ؟ (فقال) : لا تبدأ عليهم بالعتق ، ولكن يعتق من كل إنسان منهم ثلثه **إن** لم يكن عليه دين ولم يترك مالا غيرهم[4]

[3] قال : ثم سمعته بعد ذلك بسنين يسأل عن ولد المدبرة أيقوّمون مع أمهم أم تقوّم أمهم ويعتقون بعتقها ؟ (قال) : بل يقوّمون مع أمهم .

(**وقال الأوزاعي**) : ولد المدبرة بمنزلتها (حدثني بذلك العباس عن أبيه عنه) .

(**وقال الثوريّ**) : إذا مات سيد المدبرة عتقت وعتق كل شيء ولدته بعد ما دبرت (حدثني بذلك عليّ عن زيد عنه) .

---

(١) زرقاني : حاملة : وفي بعض نسخ الهند : وهي حامل ولم يعلم سيدها بحملها فولدها الخ .

(٢) م : قال مالك : فالسنة فيها أن ولدها يتبعها ويعتق بعتقها .

(٣) أي أشهب .

(٤) اي ثلث مال السيد يعني يعتق من كل واحد نصيبه مما يحمله ثلث ماله من جميع قيمتهم .

[1](**وقال الشافعي**) : إذا دبر الرجل أمة فولدت بعد تدبيرها في بقية عمرها وهي مدبرة فسواء ، والقول فيهم **واحد من قولين**[2] وكلاهما له مذهب والله أعلم . . . **فأما احدهما** فإن سيد المدبرة لما دبرها ولم يرجع في التدبير ، فكانت مملوكة موقوفة العتق ما لم يرجع فيها مدبرها بأن يخرجها من ملكه ، وكان الحكم في أن ولد كل ذات رحم بمنزلتها إن كانت حرة كان حراً ، وإن كانت مملوكة كان عبداً لا وقف فيها غير الملك[3] فكان ولد المدبرة بمنزلتها يعتقون[4] بعتقها ويرقون برقها ، وقد قال[5] هذا بعض أهل العلم ، [6] (قال) : ومن قال هذا القول[7] انبغى له أن يقول : فإن رجع السيد في ولدها كان له ، ولم يكن ذلك رجوعاً في تدبير أمهم . وكذلك إن رجع في تدبيرها لم يكن رجوعاً في تدبير من ولدت وهي مدبرة والرجوع أن يخرجه من ملكه[8] وذلك انهم كمن ابتدىء[9] بتدبيره وذلك أنهم يقوّمون كما تقوّم أمهم ، ولا يعتقون بغير قيمة كما[10] لا تعتق أمهم بغير قيمة . ولو كان حكمهم حكم أمهم جعلنا

---

(١) ام : قال الشافعي : وإذا دبر .

(٢) ام : كلاهما .

(٣) ام : كان مملوكا كان ولد المدبرة الخ .

(٤) قوله : بعتقها : ليس في الأم .

(٥) قوله : هذا : سقط في الأم .

(٦) قوله : قال . ليس في الأم .

(٧) ام : انبغي ان .

(٨) ام : فإن قال قائل : فكيف يكون الرجوع في تدبيرها ، ولا يكون رجوعه في تدبيرها رجوعاً في تدبيرولدها ، وإنما يثبت لهم التدبير بأن أمهم مدبرة فحكمنا أنهم كمن ابتديء في تدبيره ، ولم يحكم لهم أنهم كعضومنها ؛ فإن قال : فما الدليل على ذلك ؟ قيل : ألا ترى أن قيمتهم لو كانت مثل قيمتها ، أو اقل ، أو أكثر ، ثم مات السيد قوموا كما تقوم أمهم ، ولا يعتقوا بغير قيمة ، كما لا تعتق أمهم بغير قيمة ، فإذا حكمنا بهذا جعلنا حكمهم كحكم أنفسهم ، وإن ثبت ذلك بها ، ولو جعلت حكمهم كحكم أمهم جعلت القيمة لها دونهم ، ولم اجعل له الرجوع فيهم دونها ، وجعلنا إذا رجع فيها راجعاً فيهم وجعلناهم رقيقاً لو ماتت قبل موت سيدها الخ .

(٩) ن : تدبيره : أم : في تدبيره .

(١٠) ن : كما يعتق .

القيمة لها دونهم ولم نجعل له الرجوع فيهم دونها وجعلناه إذا رجع فيها راجعاً فيهم ، وجعلناهم رقيقاً لو ماتت قبل موت سيدها . [1]فإن ولدت ذكوراً وأناثاً فولد الإناث بمنزلة أمهاتهم سواء . والقول في الرجوع فيها وترك الرجوع[2] والرجوع في أمهاتهم دونهم وفيهم دون أمهاتهم كالقول في بنات المدبرة نفسها[3] . [4]وإن دبر أمة فولدت أولاداً بعد التدبير ، فالقول فيها وفيهم كما وصفت فإن رجع في تدبيرها ، ثم[5]ولدت لأقل من ستة أشهر من يوم رجع، فالولد في معنى هذا القول مدبر ،لأن العلم قد أحاط أن التدبير وقع[6] عليه، وإن ولدت لستة أشهر فصاعدا بعد الرجوع فالولد[7] ولدٌ مملوك لا تدبير له إلا أن يحدث له السيد تدبيراً .

[8](قال) : وإن دبر جارية له ، ثم قال : تدبيرها[9] ثابت ، وقد رجعت في تدبير كل ولد[10] ولدته ولا ولد لها[11] فليس هذا بشيء لأنه لا يرجع إلا فيما وقع له التدبير فإما لم يملك ، ولم يقع له تدبير في أي شيء[12] منه يرجع لا شيء له يرجع فيه[13] . **والقول الثاني** : إن الرجل إذا دبر أمته

---

(١) أم : وأبطلنا تدبيرهم إذا لم تعتق أمهم ، وهذا لا يجوز لمن يقول هذا القول والله أعلم .قال الشافعي رحمه الله: وسواء كان ولدها ذكوراً ، أو إناثاً فأولدت ذكوراً أو إناثاً فأولاد الإناث بمنزلة أمهاتهم سواء .

(٢) قوله : والرجوع سقط في الأم .

(٣) ام : وولد الذكور بمنزلة أمهاتهم إن كن حرائر كانوا أحراراً ، وإن كُنَّ إماء كانوا لمن ملك أمهاتهم .

(٤) ام : قال : وإن دبر امته فولدت الخ .

(٥) ام : ولدت أولاداً لأقل من ستة أشهر من رجوع فالولد الخ .

(٦) ام : عليها .

(٧) ام : فالولد مملوك لا تدبير له الخ .

(٨) ام : قال الشافعي : وإذا دبر الخ .

(٩) ام : باب .

(١٠) ام : تلده .

(١١) ام : وليس .

(١٢) ن : منها : ام : شيء يرجع .

(١٣) زاد في الأم بضعة أسطر .

فولدت بعد التدبير أولاداً فهم مملوكـون وذلـك أنها إنمـا هي أمـة[1] أوصى بعتقها. لصاحبها الرجوع في عتقها، وبيعُها وليس هذا[2]حرمة ثابتة وهي أمـة موصى لها ، والوصية ليست بشيء لازم هو شيء يرجع فيه صاحبه فـأولادها مملوكون ، وقد قال : هذا غير واحد من أهل العلم[3] . [4](قال) : وإذا دبر الرجل ما في بطن أمته فليس له بيعها إلا أن يريد ببيعها الرجوع عن التدبير . ولو أعتقه لم يكن له بيعها[2]. ولو باع الذي دبر ولـدها أمـة وهي حامـل به ، فقال : أردت الرجوع في[5] تدبير الولد كان البيع جائزا[6] فإن قال : لم[7] أرد كان البيع مردوداً .

ولو باع أمة واستثنى ما في بطنها فإن ولدت لأقل من ستة أشهـر فالـولد مدبر ، إن كان دبره[8] ، وحر إن كان أعتقه ، وإن لم تلد لستة أشهر فصاعداً من يـوم كان التـدبير ، أو[9] المعتق لم يكن مـدبراً ولا حـراً . وإن ولدت ولـدين أحدهما لأقل من ستة أشهر ، والآخر لأكثر من ستة أشهر فهو من حمل واحد[10] حكمه حكم واحد [11]واذا كان بعضه لأقل من ستة أشهر[12] كان مدبراً ، أو

---

(١) قوله أوصى : الى : وهي امة : سقط في نسخة الأم .

(٢) ام : امزني : وليست الوصية بحرية ثابتة .

(٣) زاد في الأم بضعة أسطر .

(٤) ام : قال الشافعي : واذا دبر الرجل ما في أمته فليس الخ .

(٥) ام : تدبيري .

(٦) ام : او قال .

(٧) ام : ارده .

(٨) ام : وحرا إن .

(٩) ام : العتق .

(١٠) ام : وحكمه .

(١١) ام : فإذا .

(١٢) ام : كان عتقاً أو مدبراً وكل من تبعه في هذا الحمل ولو دبر ما في بطنها ، أو أعتقه ثم باعها فولدت قبل ستة اشهر كان الولد أو مدبراً والبيع باطل ، وإن ولدت بعد ستة أشهر ففيها قولان الخ . . .

عتيقاً وكل من معه في ذلك الحمل . (قال) : ولو دبر ما في بطنها ثم باعها فولدت بعد ستة أشهر ففيها **قولان** . **أحدهما** : أنه لما كان ممنوعاً من البيع ليُعرف حال الحمل[1] فباع في تلك الحال كان البيع مردوداً بكل حال لأنه في وقت كان ممنوعاً **والاخر** أن البيع جائز[2] (حدثنا بذلك عنه الربيع) .

(**وقال أبو حنيفة وأصحابه**) : إذا أعتق الرجل أمته عن دبر وهي حبلى أو غير حبلى فحبلت بعد العتق وولدت فإن ولدها بمنزلتها يعتق من الثلث . (**وقالوا**) : إذا كانت الأمة لرجل فدبر ما في بطنها ، فليس له أن يبيعها ولا يهبها ولا يمهرها من قبل ما أحدث من التدبير ، فإن ولدت لأقل من ستة أشهر فولدها مدبر وأما الأم[3] . . .

خرم

[4]من لم يبلغ[5] فالتدبير باطل ، ولو بلغ ثم مات كان باطلاً حتى يحدث له تدبيراً بعد البلوغ في حياته (حدّثنا بذلك عنه الربيع) .

---

(١) ام : فيباع .

(٢) مزني : **وطيء المدبرة وحكم ولدها** : قال الشافعي : ويطأ السيد مدبرته وما ولدت من غيره ففيها واحد من القولين كلاهما له مذهب أحدهما أن ولد كل ذات رحم بمنزلتها ، فان رجع في تدبير الأم حاملاً كان له ولم يكن رجوعاً في تدبير الولد لم يكن رجوعاً في الأم فإن رجع في تدبيرها ، ثم ولدت لأقل من ستة أشهر من يوم رجع ، فالولد في معنى هذا القول مدبر ، فإن وضعت لأكثر من ستة أشهر فهو مملوك ، قال المزني : وهذا أيضاً رجوع في التدبير بغير إخراج من ملكه فتفهمه . قال الشافعي : والقول الثاني إن ولدها مملكون وذلك أنها أمة أوصى بعتقها لصاحبها فيها الرجوع في عتقها وبيعها فليست الوصية بحرية ثابتة فأولادها مملكون .

(٣) آخر الورقة الأولى من الكراسة الثانية ، وقد ضاع ما كان بينها وبين الورقة الأخيرة .

(٤) الذي ضاع من قول الإمام فهو في كتاب الأم هذا : **تدبير الصبي الذي لم يبلغ** : قال الشافعي : وإذا دبر الغلام الذي لم يعقل ولم يبلغ ثم مات فالتدبير جائز في قول من أجاز الوصية لأنه وصية ولوليه في حياته بيع مدبره في النظر له كما يكون له أن يوصي لعبده فيبيعه وإن مات جاز في الوصية وكذلك البالغ المولى عليه ، ومن لم يجز وصية .

(٥) تدبيره باطل ، ولو بطل ثم مات الخ . . .

(**قال أبو جعفر** : والحق في ذلك عندي) أن التدبير عتق إلى أجل وقد أجمعت الحجة على أن صبياً لو[1] اعتق مملوكه في حال الصبى أنه باطل ، فكذلك عتقه إلى أجل ، وقد يجب على من جعل تدبيره إذا كان المدبر من الثلث من جميع معاني الوصايا أن يجعل عتقه البتات في حال مرضه جائزاً إذا مات من مرضه ، لأنه إنما يعتق من الثلث فإن أبطل عتقه في حاله تلك لزم إبطال تدبيره ، وإن كان عتقاً بعد وفاته من ثلثه .

(**وقالوا جميعا**) : عتق المعتوه وتدبيره وكتابته باطل .

(**قال أبو جعفر**) وهو الحق عندي .

(**وقالوا جميعا أيضاً**) للرجل أن يطأ مدبرته .

(وهو الحق ايضا عندي)

تم كتاب المدبر والحمد لله رب العلمين وصلى الله على محمد

وعلى آله الطيبين وكتب محمد بن أحمد بن ابرهيم الإمام

خرم

[2]وكان المشترى بالخيار بين أن يكون المال عليه حالاً أو يرد البيع وذلك أن المشتري قد يزيد في البيع لعلة تأخير المال[3] الذي عليه ، فلما بطل الأجل كان له الخيار[2] (وقال) : كل أجل مثل الحصاد والدياس وجداد النخل ، ورجوع الحاج وصوم النصارى والنيروز والمهرجان فهو إلى أجله لأن وقته

---

(١) ن : عتق

(٢) لعل قائل ذلك أبو ثور .

(٣) ن : المال عليه .

معروف ، وإن تأخر[1] وتقدم في السنين ، وذلك أن الزرع إذا قيل : استحصد فهو حصاده ، ومتى أمكن أن يداس فهو وقت الدياسة ، ومتى[2] جفَّت الثمرة فهو وقت الجداد ولا يُنظر في ذلك إلى أمر السلطان .

وعلة من قال : البيع جائز إذا كانت الآجال مجهولة أن البيع معنى ، والتأجيل بالمال معنى غيره فلا يبطل الجائز من البيع لفساد[3] الأجل المجهول ، وذلك كالشرط الفاسد .

وعلة من أبطل البيع[4] بشرط[3] الأجل الفاسد شبيهة بعلة من أبطل البيع بالشرط الفاسد .

واختلفوا في حكم البيع إذا عقد الى أجلين مختلفين بثمنين مختلفين

(**فقال مالك**) : وسئل عن رجل باع من رجل ثوباً بعشرة دنانير نقداً وبخمسة عشر إلى أجل يختار في ذلك ، (**فقال مالك**): إذا ملَّكه ذلك في مجلسه فإن ذلك يكره ، يعني إذا كان البيع يلزم كل واحد منهما يلزم البائع والمشتري إذا اختار أحد الأمرين النقد ، أو التأخير ، فلا خير فيه ، وهو يشبه ما نهي عنه من بيعتين في بيعة .

(قال) : وإذا كان البائع والمبتاع كل واحد منهما إن شاء أن يترك البيع تركه ، ولا يلزم البيع فلا بأس بذلك (أخبرني بذلك يونس عن ابن وهب عنه) . (قال) : ومن باع سلعة بدينار نقداً أو بدينارين إلى شهر فسخ

---

(١) قوله : وتقدم : تكرر في النسخة .
(٢) ن : خفت .
(٣) ن الأجِلِ .
(٤) ن : بالشرط .

ذلك ، وردت إلى قيمتها نقداً ولا يعطى أقل الثمنين إلى أقصى الأجلين .

(وحُـدِثْتُ عن الوليـد بن مسلم قـال) : سـألت (**الأوزاعيّ**) عن[1] حديثهم لا تحل السومتان هو بكذا نقـداً ، و بكذا نسيئـة (فقال) : نـأخذ (بقول عطاء بن أبي رباح انه قال) : لا بأس بـذلك ، ولكن لا يفـارقه حتى يباته بإحدى البيعتين[2] **قلت له** : فإنه ذهب بالسلعة على ذينك[3] الشرطين ، (قال) : هي بأقل الثمنين إلى أبعد الأجلين . **قيل له** : فإني قلت هذا الثوب إلى شهر بعشرة ، وإلى شهرين بثلاثة عشر ؟ (قال) : ان وقعت الصفقة على بيعة بينهما قبل أن يفارقه فلا بأس بذلك . **قيل له** : فإنه قال : هو لك بدينار إلى المحرم ، وإن خرج عطاؤك قبل المحـرم ، فهو حـالّ (فقال) : لا بـأس بذلك .

(**وقال الثوري**) : إن بعت بيعاً فقلت هو بـالنقد بكـذا ، وبالنسيئـة بكذا فذهب به المشتري[4] فهو بالخيار في البيعتين ، وإن لم يكن وقـع بيعك على احدهما فهو مكروه وهو بيعتان في بيعة وهو مردود ، وهو الذي ينهى عنه . فإن وجدت متـاعك بعينـه أخذتـه ، وإن كان قـد استهلك ذلك فلك أوكس الثمنين ، وأبعد الأجلين . وإذا ذهب به المشتري على وجه واحد نقداً كان أو نسيئة فلا بأس (حدثني بذلك علي عن زيد عنه) .

(**وقال الشافعي**) : يحتمل معنى نهى (النبي صلى الله عليه وسلم) عن بيعتين في بيعة أن أبيعك عبداً بألف نقداً أو ألفـين إلى سنة ، ولا أعقـد البيع بواحد منهما ، وهذا تفرُّق عن ثمن غير معلوم . . . (قال) ويحتمل أن أبيعك

---

(١) أخرجه مالك والترمذي .

(٢) أي الوليد .

(٣) ن : الشريكين .

(٤) قوله : فهو بالخيار : الى : أحدهما : مكرر في النسخة .

أيضاً عبدي هذا بألف على أن تبيعني دارك بألف ، إذا وجب لك عبدي وجبت لي دارك ، فيكون العبد بغير ثمن لأني ما نقصت في العبد أدركت[1] في الدار ، وتكون الدار بغير ثمن معلوم ، لأني ما ازددت في الدار أدركت في العبد ، وذلك مغيّب ليس بمبيعين من واحد فيكون[2] محرج الثمن ، أو كل واحد منهما بحصته منه فيجوز . وكل واحد منهما بائع[3] مشتر فأرى هذين البيعين معاً مفسوخين لأنهما مشتبهان في معنى الحديث ([4] الحسن بن محمد عنه) .

(**وقال أبو حنيفة وأصحابه**) : إذا اشترى الرجل بيعاً من رجل الى أجلين فتفرقا على ذلك فلا يجوز ، وذلك أنه لا يكون إلى أجلين إلا على ثمنين ، فإن قال : هو بالنقد بكذا ، وبالنسيئة بكذا ، ثم افترقا على قطع[5] إحدى البيعتين ، فهو جائز (الجوزجاني عن محمد) . (وهو قول أبي ثور) .

حكم الخيار في البيوع

(أجمعوا جميعاً) أن (النبي ﷺ قال) : البيِّعان بالخيار ما لم يتفرقا » .

ثم اختلفوا في معنى الفرقة

[6](**فقال مالك**) : في قول (النبي ﷺ) : « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا »[7] ، ليس لهذا عندنا حد معروف ولا أمر معمول[8] فيه (اخبرني

(١) ن : ما ازددت في الدار .
(٢) ن : يخرج .
(٣) ن : مسترى .
(٤) اي الزعفراني .
(٥) ن : احد .
(٦) موطا : بيع الخيار .
(٧) م : وليس .
(٨) م : به فيه .

بذلك يونس عن ابن وهب عنه) .

(وقال الأوزاعي) : هما بالخيار ما لم يتفرقا إلا في بيوع ثلاثة مزايدة[1] الغنائم والشركاء في الميراث ، والشركة في التجارات فإذا صافقه فقد وجب وليسا فيه بالخيار (حدثت بذلك عن الوليد عنه) . **قيل له** : ما وقت الفرقة ما كانا في مكانهما ذلك ؟ (قال) : لا حتى يتوارى كل واحد منهما عن صاحبه (قال) : فإذا خيره فاختار فقد وجب البيع ، وإن لم يتفرقا .

(وقال الثوري) : بلغنا (عن النبي ﷺ) (وعن شريح) أنه (قال) : البيعان بالخيار ، ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار ، والخيار أن يقول : اختر فإن اختار البائع والمبتاع ، فالبيع جائز ، وإن لم يتفرقا . (قال الثوري) وأما (ابرهيم وأهل الكوفة فيقولون) : إذا تبايعا فهو جائز ، وان لم يتفرقا (حدثني بذلك علي عن زيد عنه) .

[2]**(وقال الشافعي)** :[3] كل متبايعين في[4] سلف إلى أجل أو دين أو عين أو صرف ، أو غيره تبايعا وتراضيا ، ولم يتفرقا عن مقامهما او مجلسهما الذي تبايعا فيه ، فلكل واحد منهما فسخ البيع ، وإنما يجب على كل واحد منهما البيع حتى لا يكون له رده إلا بخيار ، أو شرط خيار ، أو ما وصفت إذا تبايعا[5] وتراضيا وتفرقا بعد البيع عن مقامهما الذي تبايعا فيه ، أو كان بيعهما عن خيار فإن البيع يجب بالتفرق[6] أو بالخيار[7] . [8](وقال) : الخيار الذي يوجب تمام

---

(١) ن : والعنايم .

(٢) ام : كتاب البيوع : باب بيع الخيار .

(٣) ام : قال وكل الخ .

(٤) ام ق : سلعة .

(٥) ام ق : تبايعا فيه : وسقط في أم مد قوله : وتراضيا : إلى : الذي تبايعا .

(٦) ام : والخيار .

(٧) وزاد في الأم كلام في معنى الحديث المذكور .

(٨) قوله : وقال الخيار : إلى : التواجب : لم أجده في الأم .

البيع أن يخير أحدهما صاحبه بعد التواجب ،[1] (وقد قال بعض أصحابنا) : بيع الخيار أن يقول الرجل لك : بسلعتك كذا بيعاً خيارا[2] فتقول : قد[3] اخترت البيع[4] فينقطع الخيار ، (قال) : وليس[5] نأخذ بهذا[6] (حدثنا بذلك عنه الربيع) .

(وقال أبو ثور مثله) .

(**وقال أبو حنيفة وأصحابه**) : التفرق بالكلام (الجوزجاني عن محمد) .

(وعلة من قال : بقول مالك) : إن التفرق يحتمل التفرق بالقول لأن اللغة لا تمتنع أن تقول تفرقنا عما كنا فيه من الأمر وإذا كان ذلك كذلك ، والبيع إنما هو إزالة ملك عن مالك إلى غيره بعوض معلوم ، وإنما يكون ذلك بالخطاب بينهما لم يكن التفرق عن مكانهما من البيع بسبيل .

(وعلة من قال : التفرق بالأبدان) قيام الحجة على أن (النبي ﷺ) لا يجوز أن يخاطب أمته بما لا يفيدهم معنى ، فلما صح عنه (ﷺ) أنه (قال) : البيعان بالخيار ما لم يتفرقا لم يخلُ ذلك التفرق من أن يكون بالقول ، أو الأبدان ، فإن كان بالقول فلم يفد به معنى، لأن البائع مالك سلعته قبل عقد البيع فلا معنى أن يقال له : أنت بالخيار في بيع سلعتك ، لأنه لم يكن أحد من

---

(١) ام : وقد قال بعض أصحابنا يجب البيع بالتفرق بعد الصفقة ويجب بأن يعقد الصفقة على خيار ، وذلك أن يقول الرجل : لك بسلعتك الخ .

(٢) قوله : فتقول : سقط في أم مد .

(٣) ام ق : احزت .

(٤) ام : قال الشافعي وليس .

(٥) ام ق : باحده .

(٦) ام : وقولنا الأول : لا يجب البيع إلا بتفرقهما أو تخيير أحدهما صاحبه بعد البيع فيختاره . . .

أهل الجاهلية والإسلام يعتقد أن[1] بيع ملكه غير جائز ، وكذلك المشتري لا معنى لقول قائل : أنت بالخيار في أن تشتري سلعة غيرك الجائز منه اشتراؤها ، لأنه لم يكن أحد يدين بتحريم الشراء إذا كان لا معنى[2] له ، وإذا كان لا معنى لهذا القول صح أن معنى الخبر هو ما أفاد معنى لم يكن المخاطبون يعتقدونه قبل أن يخاطبوا به ، وهو أنهما إذا تواجبا فلهما الخيار ما لم يتفرقا عن مكانهما إلا أن يكون البيع بيع خيار لقول (النبي ﷺ) « البَيِّعانِ بالخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا ، إلاَّ بيعُ الخِيَار » (حدثني بذلك علي عن زيد عن سفيان عن عبد الله بن دينار ، عن ابن عمر ، عن النبي ﷺ) .

واختلف القائلون إن التفرق بالأبدان
في حكم ما احدث احدهم في السلعة قبل تفرقهما

(**فقال الشافعي**):[3] إن تقابضا فهلكت السلعة في[4] يد المشتري قبل التفرق ، أو الخيار فهو ضامن لقيمتها[5] بالغة ما بلغت كانت أقل ، أو أكثر من ثمنها ، لأن البيع لم يتم فيها[6] ، وإن هلكت في[7] يدي البائع قبل قبض المشتري لها[8] وقبل التفرق أو[9] بعده انفسخ البيع ، ولا[10] تكون من ضمان

---

(١) ن : بيعاً .

(٢) ن : معنى وإذا .

(٣) ام : قال : وإذا تبايعا المتبايعان السلعة وتقابضا ، أو لم يتقابضا فكل واحد منها بالخيار ما لم يتفرقا ، أو يخير أحدهما صاحبه بعد البيع ، فإذا خيره وجب البيع إنما يجب به إذا تفرقا ، وإن تقابضا وهلكت الخ .

(٤) ام : يدي .

(٥) ام : بالغاً ما بلغ كان .

(٦) ام : قال الشافعي : وإن الخ .

(٧) ام ق : يد .

(٨) ام : او قبل .

(٩) ام ق : بعد .

(١٠) ن وام ق : يكون : ام مد : يكون .

المشتري حتى يقبضها فإن قبضها ، ثم ردها على البائع وديعة فهو كغيره ممن أودعه إياها[١] فإن تفرقا فماتت[٢] فهي من ضمان المشتري وعليه ثمنها ، وإن قبضها وردها على البائع وديعة فماتت قبل التفرق أو الخيار ، فهي مضمونة على المشتري بالقيمة[٣] وإن أعتقها المشتري قبل التفرق ، أو الخيار فاختار[٤] البيّع[٥] نقض البيع كان[٦] له وكان عتق المشتري باطلاً لأنه أعتق ما لم يتم [٧] ملكه ، وإن اعتقها البائع كان عتقه جائزاً لأنها لم تملك عليه ملكاً يقطع [٨] عنه الملك الأول فهو أحق بها لأن أصل الملك كان له . [٩] ولو وطئها المشتري قبل التفرق في غفلة من البائع[١٠] فاختار البايع فسخ البيع كان له فسخه ، وكان على المشتري مهر مثلها للبائع .

وان أحبلها واختار البائع رد البيع كان له رده ، وكانت الأمة له وله[١١] مهرها وعتق ولدُها بالشبهة[١٢] وعلى المشتري قيمة ولده يوم ولد . وإن وطئها

---

(١) ام : وان .

(٢) ام مد : فهو .

(٣) ام : وإن كان المشترى أمة فأعتقها المشتري .

(٤) ام : البائع .

(٥) ام مد : بعض .

(٦) ام مد : له ذلك .

(٧) ام : ملكه له إذا .

(٨) ام : الملك الأول عنها الا بتفرق بعد البيع ، أو خيار ، وإن كلما لم يتم فيه ملك المشترى فالبائع أحق به إذا شاء لأن أصل الخ .

(٩) ام : قال الشافعي : وكذلك لو عجل المشتري فوطئها قبل التفرق الخ .

(١٠) ام : عنه فاختار .

(١١) ام : مهر مثلها فاعتقنا ولدها .

(١٢) ام : وجعلنا على .

البائع فهي أمته [1] ووطؤه كالاختيار منه لفسخ البيع . [2] وإن مات [3] أحدهما قبل التفرق [4] قام ورثته مقامه . وان خرس [5] أو غلب على عقله أقام الحاكم مقامه من ينظر له ، وجعل له الخيار في رد البيع او أخذه فأيهما فعل ، ثم أفاق الآخر فأراد نقض ما فعل لم يكن [6] ذلك له لمضيّ الحكم عليه به .

[7] وإن كان اشترى أمة فولدت ، أو بهيمة فنتجت قبل التفرق فهما على الخيار ، فإن اختار انفاذ البيع [8] أو تفرقا فولد [9] المشتراة للمشتري لأن عقد البيع وقع وهو حمل [10] (حدثنا بذلك عنه الربيع) .

(وقال ابو ثور) : أيهما أحدث في البيع شيئاً قبل أن يتفرقا من عتق ، أو هبة أو بيع ، أو صدقة ، أو غير ذلك فهو باطل ، لأن في ذلك إبطال خيار صاحبه .

(وأما في قول الذين قالوا : التفرق بالقول) فإن جميع ما فعله المشتري فجائز ، وما فعله البائع باطل ، لأنه قد زال ملكه .

(وعلة الشافعي) ان ما فعله البائع فجائز وما فعله المشتري قبل افتراقهما عن مكانهما غير جائز : ان البائع على ملكه في السلعة لم تملك عليه ملكاً

---

(١) ن : ووطيه : ام : والوطىء .

(٢) ام : قال الشافعي : وإن .

(٣) ام : أحد المتبايعين قبل أن يتفرقا .

(٤) قوله : قام : إلى : خرس : سقط في أم مد .

(٥) ام ق : وكان لهم الخيار في البيع ما كان له ، وإن الخ . . . .

(٦) ام ق : قبل أن يتفرقا أو غلب الخ .

(٧) ام : له أن يمضي الحكم الخ .

(٨) ام : قال الشافعي : وإن الخ . .

(٩) ام مد : وتفرقا .

(١٠) ام : المشترى .

(١١) ام : وكذلك خيار بشرط جائز في أصل العقد .

تاماً فما فعله المالك في ماله من هبة أو صدقة فجائز .

(**وعلة أبي ثور**) ان الملك قد زال عن البائع الى المشتري إلا أن لكل واحد منهما الاختيار على صاحبه ما لم يتفرقا عن مجلسهما فليس لواحد منهما أن يبطل ما جعله (النبي ﷺ) من ذلك .

واختلفوا في جواز اشتراط الخيار أكثر من ثلاثة

(**فقال مالك**) : لهما أن يشترطا الخيار في عقدة بيعهما ، ولم يحد لـذلك حداً إلا أنه (قال) : ما لم يطل (حدثني بذلك يونس عن أشهب عنه) .

(**وقال الأوزاعي**) : أحب الأجل الينا في الخيار ثلاثة أيـام للذي جاء عن (النبي ﷺ) في شراء[1] المحفّلة فهو بالخيار ثلاثة أيام (حدثت بذلك عن الوليد عنه) .

(**وقال الثوري**) : ان بعت الشيء بشرط فسم للمشتري الأجل الذي يرضى به ويريده ، فإن حبسته فوق الشرط الذي تضربـه له فقـد لزمـه البيع (حدثني بذلك علي عن زيد عنه) .

(**وقال الشافعي**) : لا يجوز إشتراط الخيار أكثر من ثلاث فان اشتـرطه أحدهما أو كلاهما أكثر من ثلاثة بطرفة عين فالبيع منتقض (حدثنا بذلك عنه الربيع) . (وهو قول ابي حنيفة) .

(**وقال ابو يوسف ومحمد**) : الخيار جائز ما اشترطا إذا كـان إلى وقت معلوم (الجوزجاني عن محمد) .

---

(١) المحفلة هي المصراة .

(وهو قول أبي ثور وقال) : إنما جُعل الخيار ثلاثة[1] في المصراة وللذي يُخدَع .

(وعلة من جوز الخيار ، ولم يجعل لذلك حداً) إجماع الحجة على أن اشتراط الخيار جائز في ثلاثة أيام ، فلما صح جواز اشتراط ثلاثة أيام[2] كان حكم ما تراضيا به المتبايعان من المدة حكم الثلاثة إلا أن تقوم حجة يجب التسليم لها ان ذلك لا يجوز إلا في الثلاث لأن ما جاز في الثلاثة فجائز بعدها .

(وعلة من قال : لا يجوز ذلك إلا في الثلاث) أن البيع إذا عقد على صحة فقد زال ملك البائع إلى المشتري ، وما يملكه الرجل فلن يزول ملكه عنه إلا بأن يزيله المالك ببعض الأسباب المزيلة ، وليس الخيار منها ، فإذا اشترط أحدهما على صاحبه أن ذلك له بغير الأسباب التي جعلها الله مزيلة له كان مشترطاً شرطاً فاسداً ، وكان حكمه حكم من ابتاع بيعا[3] مشروط فيه شرط فاسد . وقد ذكرنا علة من أبطل البيع إذا عقد على الشرط الفاسد فيما مضى من كتابنا هذا .

واختلف الذين أبطلوا البيع باشتراط الخيار اكثر من ثلاثة أيام إذا اختير في الثلاث

(**فقال الشافعي**) : البيع فاسد وإن اختار المشتري إبطال الخيار (حدثنا بذلك عنه الربيع) .

---

(١) أما خبر الخيار في المصراة ثلاثاً فمعروف ، وأما خبر الخيار ثلاثا لمن يخدع في البيوع فهو أن رجلاً من الأنصار إسمه حبان بن منقذ ذكر للنبي ﷺ انه يخدع في البيوع ، فقال له : « منَ بايعت فَقُل لاَخلابة » ، وفي بعض الروايات أنه جعل له مما ابتاع فهو بالخيار ثلاثا .

(٢) ن : وكان .

(٣) ن : مشروطا .

(وقال أبو حنيفة) : إذا اختار في الثلاثة الايام فهو جائز .

واختلف مجيزو اشتراط الخيار اذا حدث بالمشروط ذلك له حدث منعه من خياره حتى جازت المدة

(فقال مالك) : اذا مات الذي له الخيار قام ورثته مقامه (حدثني بذلك يونس عن ابن وهب عنه) .

(وقال الثوري) : إن مات المشتري في أيام الشرط قبل أن يعلم، أرضيَ أم لم يرض[1]، له من ورثته البيع إذا كان هو[2] المشترط .وإن مات البائع فالمشتري في اجله على ورثة البائع إن شاء ما كان في الأجل (حدثنا بذلك علي عن زيد عنه)

(وقال الشافعي) : إن مات قام ورثته[3] مقامه (حدثنا بذلك عنه الربيع) وقد ذكرنا قوله : ان أغمي عليه ، أو جن قبل .

(وقال أبو ثور): إذا حدث بالذي له الخيار حدث غيّر عقله ، أو سُبي ، فإن لوليه أن يعمل في خياره بما هو أصلح لمالِهِ قبل انقضاء المدة ، فإن لم يفعل حتى انقضت المدة بطل ما كان له ولزمه البيع إذا جازت المدة .

(وقال أبو حنيفة وأصحابه) إذا اصابه شيء من ذلك فلم يُفق حتى تنقضي المدة بطل ما كان له ولم يكن لوليه ان يحدث في ذلك شيئاً في تلك المدة (الجوزجاني عن محمد) .

(وعلة من قال : بقول مالك) : إن الله عز وجل جعل الوارث يرث

---

(١) أي كان له أن يبيعه من ورثة المشترى .

(٢) أي المشترط الخيار لنفسه

(٣) قوله : مقامه : سقط في النسخة .

عن الميت * ما كان الميت يملكه في حياته ، فكان الميت يملك إمساك السلعة في أيام الخيار وردها ، فلما عدم الميت قام ورثته مقامه لأنهم إنما[1] ورثوها عنه على السبيل[2] التي كان[3] يملكها هو وكان ملكه إياها على الخيار .

(وعلة من جعل وليه يقوم مقامه إذا زال عقله) القياس على اجماع الكل أن من أصيب بعقله ، فعلى الحاكم إحراز ماله إذا لم يكن له ولي يكـون أحق بالقيام بذلك من الحاكم ، فكذلك حكمه في القيام بما له من الخيار ، لأن ذلك من مصلحة ماله .

(وعلة من قال : بقول أبي حنيفـة) : ان الخيار إنمـا شرطـاه بينهما لمن حكّماه له فإذا عدم من شُرط له ذلك لم يكن لغيره أن يقوم مقامه في ذلك لأنهما لم يتبايعا السلعة إلا على ذلك .

واختلفوا في حكم السلعة تتلف قبل أن يقضي المشروط له الخيار فيها في أيام حياته

(**فقال مالك**) : **وسئل** عن الرجل يبتاع السلعة وهو فيها بالخيار فتموت السلعة قبل أن يختار (قال) : هي من البائع (أخبرني بذلـك يونس عن ابن وهب عنه) .

(**وقـال الثوري**) : إذا ابتعت بيعـاً بشرط فسميت الثمن فهلك ، فمن مالك انت له ضامن حتى ترده على صاحبه من موت أو غيره (حدثني بذلك علي عن زيد عنه) .

---

(١) أي ورثوا السلعة .

(٢) ن : الذي .

(٣) أي كان يملكها هو عليها .

(**وقال الشافعي**) : إذا تلفت والخيار للمشتري[١] تلفت من مال المشتري ، وإن كان الخيار للبائع أو لهما فمن مال البائع ويرجع على المشتري بالقيمة إن كان قبضها (حدثنا بذلك عنه الربيع) . (وقال) **في كتاب الدعوى والبينات**[٢] إن ابتاع الرجل من الرجل بيعاً ما كان على أن[٣] له الخيار ، أو للبائع أو لهما معاً أو شرط المبتاع[٤] أو البائع خياراً لغيره وقبض المبتاع السلعة ، فهلكت في يديه[٥] قبل رضى الذي له الخيار فهو ضامن لقيمتها ما بلغت قلَّت أو كثرت من قبل أن البيع لم يتم[٦] فيها ، وأنه كان عليه إذا لم يتم البيع ردها ، وكل من كان عليه رد شيء[٧] مضمون عليه فتلف ضمن قيمته[٨] والقيمة تقوم في الغائب مقام البدن (حدثنا بذلك عنه الربيع) .

(**وقال أبو حنيفة وأصحابه**) : إذا حدث بالمشترى حدث في يدي المشتري من تغير أو جناية بطل الخيار ، وكذلك إن وطئها أو عرضها فهو ضامن وعليه الثمن . (وقالوا) : إن كان الخيار للبائع فتلفت في يد المشتري كانت عليه القيمة وإن لم تتلف ولكن البائع اعتقها أو وهبها ، او تصدق بها ، أو أجرها فقبضها المستأجر أو كاتبها ، أو وطئها فهذا كله اختيار للبيع ونقض (الجوزجاني عن محمد) .

(**وقال ابو ثور**) : إذا ماتت والخيار للمشتري أو للبائع أو لهما ، فمن مال المشتري وعليه الثمن ، فإن تغيرت في يد المشتري والخيار له لعيب دخلها أو جناية

---

(١) ن : تلف .
(٢) ام : باب الدعوى في الولد : قال الشافعي : إذا ابتاع الخ .
(٣) ام : لها .
(٤) قوله أو البائع : إلى : المتباع : سقط في الأم .
(٥) ن : على .
(٦) ام : قط فيها .
(٧) ام : مضموناً .
(٨) ام : فالقيمة .

أصابتها ردها ورد معها ما نقصها إن أحب وإن عرضها على البيع ، أو وطئها فإن كان هذا رضاء منه لزمته السلعة وعليه الثمن ، ولا يكون رضاء إلا أن يقول : قد رضيت ، أو يمضي الأجل الذي جعل له فيه الخيار ، وإن كان الخيار للبائع فاعتقها أو وهبها أو أجرها أو تصدق بها كان ذلك كله باطلاً ، ولا يكون له أن يحدث فيها شيئاً إلا بعد فسخ البيع ، واختيار إعادتها إلى ملكه .

(وعلة من قال بقول مالك) : إن البيع لا يتم بين المتبايعين إلا بأن يملك المشتري السلعة كالذي كان يملكها البائع من غير أن تكون لأحد عليه سبيل في إزالة ملكه عنها إلا بما تزول به الأملاك من بيع أو هبة أو ما أشبه ذلك من المعاني التي تزول بها الأملاك ، والخيارُ إذا كان لأحدهما في نقض البيع لم يملك المشتري على التمام والصحة ، إذا كان لمن له الخيار نقض البيع فيها وردها إلى ملك البائع ، فلم يزل ملك البائع عنها إلى المشتري على صحة للأسباب التي ذكرنا ، فلذلك كان هلاكها من البائع إذا هلكت في يدي المشتري .

(وعلة من قال بقول الثوري) : إذا كان الخيار للبائع إجماع الجميع من الحجة أن ملك المشتري لم يتم على السلعة ، والسلعة لا تخلو من أن تكون للبائع أو للمشتري ، فإذا لم يكن ملك المشتري عليها تاماً كما ذكرنا من الأجماع صح أن ملك البائع عليها ثابت حتى تنقضي الخيار أو يبطل الخيار ، **وأما إذا كان الخيار للمشتري فإن** البيع ماض تام وللمشتري نقضه ، كما يكون له نقض البيع في السلعة بسبب عيب يجده بها ، ولا خلاف بين الجميع أنه إذا وجد عيباً فله الرد ، أو الإمساك وقد أجمع الجميع أن[1] البيع وإن كان له ذلك[2] تام فإن هلاكه إن هلك قبل الرد فمن مال المشتري ، فكذلك ذلك إذا كان الخيار له .

---

(١) ن : البّيع .
(٢) ن : تاما .

(وعلة الشافعي) : **في القول الذي يجعل هلاك السلعة فيه من البائع لمن** كان الخيار منهما نحو التي ذكرناها لمالك . **واما القول الذي يجعل هلاكها من المشتري** إذا كان الخيار له وهلكت في يده فنحو علتنا للقائلين بقول الثوري .

(وعلة القائلين لأبي حنيفة وأصحابه) نحو اعتلالنا للقائلين بقول الثوري .

(وعلة ابي ثور) أن البيع تام بين المتبايعين بالبيع والافتراقِ بالأبدان وايما كان له الخيار منهما[1] ونقض البيع الذي كان تاما في حال العقدة بعد أن صار للمشتري دون البائع ، فإن نقض قبل مضيّ أيام الخيار وردّ على بائعه انتقض البيع وإلا كان هلاكه من المشتري إن هلك لأنه في ملكه[2] عند هلاكه وإنما كان يعود ملكا للبائع لو تناقضا البيع قبل الهلاك .

واختلفوا في حكم الذي له الخيار إذا أراد فسخ البيع بغير محضر من صاحبه

بعد إجماعهم أنهما إذا تفاسخا ، أو اختار الذي له الخيار إبطال البيع في أيام الخيار أن البيع منفسخ منتقض إذا كان ذلك بمحضر من صاحبه .

(فقال ابو حنيفة ومحمد) : لا يجوز للمشتري ردها إلا بمحضر من البائع .

(وقال أبو يوسف) : رده لها بغير محضر من البائع جائز . **(وقالوا جميعا)** : إذا اختار البائع والخيار له الزام المشتري البيع والمشتري غائب ، **فهو** جائز والبيع لازم للمشتري (الجوزجاني عن محمد) .

---

(١) ن : نقض .

(٢) ن : وعند

(**وقال ابو ثور**) : إذا اختار المشتري الرد بغير محضر من البائع كان له ويُشهد على ذلك ، لأن الرد إليه دون البائـع ، وكذلك إن اختار البائع إلـزام المشتـري البيع والمشتـري غـائب والخيـار للبـائـع فهـو جـائـز ، والبيـع لازم للمشتري .

(**وقياس**[1] **قول مالك**) إذا غاب البائع في أيام الخيار ، وللمشتري الخيار ، فأراد نقضه أن يأتي الحاكم إن كانت له بينة فيثُبت عنده خياره حتى ينقض البيع او[2] يعذر عليه الحاكم أشهد على نفقة البيع واختياره إبطاله . فإذا حضر البايع وثبت عند الحاكم[3] ما فعل في أيام الخيار وجب على الحاكم إلـزام البايـع ما فعله المشتري من ذلك ، لأن (من قوله) إن الذي له الخيار منهما لو جن في أيام الخيار أو عته أو أغمي عليه إن للحاكم أن يقيم مقامه من يعمل في[4] ما له من الخيار في أيام الخيار بالذي هو نظر له وصلاح من نقض البيع وامضائه .

وكذلك (**قياس قول الشافعي**) لأن قولهما في الذي يبرسم في أيام الخيار والمغمى عليه فيها واحد .

(**وقول الثوري**) : مثل قول أبي حنيفة واصحابه .

(واجمع الذين اجازوا اشتراط الخيار) أن للبائع أو المشتري إذا تشارطا الخيار فيمـا تبايعا لغيرهما من كان من الناس إن حكم الخيار في ذلك كحكم مشترط الخيار لنفسه .

---

(١) ن : وقياس مالك .

(٢) كذا في النسخة : ولعل صوابه : يعذره عليه الحاكم ان أشهد : أي يعينه الحاكم على البائع : ويحتمل أن يكون صوابه : يعديه : أي يعينه عليه بأن يكلف البائع الحضور حتى ينقض البيع بمحضر منه .

(٣) أي ما فعل المشتري .

(٤) ن : ماله . . .

واختلفوا في الحكم في ذلك ان رضيه من اشترط خياره وخالف أحد المتبايعين

(**فقال مالك**)[1] : من باع سلعة من رجل فقال البائع عند مواجبة البيع أبيعك على أن[2] استشير فلاناً فإن رضي فقد جاز[3] البيع لك ، وإن كره فلا بيع بيننا[4] فتبايعا على ذلك ، ثم[5] ندم المشتري قبل أن يستشير[6] البائع (قال) : فالبيع لازم لهما على ما[7] وصفنا ، ولا خيار فيه للمبتاع وهو لازم[8] لهما إن أحب الذي اشتُرط له الخيار أن[9] يجيزه (حدثني بذلك يونس عن ابن وهب عنه) .

(**وقال أبو حنيفة وأصحابه**) : إذا راه الذي له الخيار فرده جائز ، وإن رضيه المشتري ، وقال الذي له الخيار : لا أرضى فالقول قول المشتري ، ولو رضي الذي له الخيار وأراد المشتري رده لم يكن ذلك للمشتري (الجوزجاني عن محمد) .

(**وقال أبو ثور**) : إن اختار المشتري الرد والذي له الخيار الامساك فالقول قول الذي اشترط خياره .

---

(١) م : قال مالك فيمن باع من رجل سلعة فقال الخ .

(٢) وفي شرح الزرقاني : تستشير .

(٣) م : البيع وان .

(٤) م : فيتبايعان .

(٥) م : يندم .

(٦) م : فلانا ان ذلك البيع لازم : الا ان قوله : فلانا : ليس في بعض نسخ الهند .

(٧) م : وصفا .

(٨) م : له .

(٩) ن : يجيزه .

ولو كان المشترط الخيار لغيره البائع دون المشترى فالقول في ذلك مثل القول في المشتري علي اختلافهم[1] فيها .

وان كان الخيار لهما فاراد المشتري الرد او البائع الالزام فانكر المشتري او البائع ان تكون السلعة هي السلعة المشتراة كان القول قول المشتري في جميع الحالات (في قول الثوري) (حدثني بذلك علي عن زيد عنه) .

(وهو قول ابي حنيفة واصحابه) (الجوزجاني عن محمد) .

(وهو قول ابي ثور) .

(**وقياس قول الشافعي**) ان يكون القول قول المشتري مع يمينه وقد روي عنه في معناه اختلاف غير ان هذا اشبه بقوله .

واختلفوا في حكمها اذا تناقضا البيع والخيار لاحداهما أو لهما فهلك في يدي المشتري قبل ان يقبضه البائع

(**فقال الشافعي**) هو ضامن لقيمة العبد ويرجع بالثمن ان كان دفعه الى البايع (حدثنا بذلك عنه الربيع) .

(**وقال أبو حنيفة وأصحابه**) هو ضامن فان كان الخيار له فعليه الثمن وان كان الخيار للبائع فعليه القيمة (الجوزجاني عن محمد) .

(**وقال أبو ثور**) ان كان تناقضا والعبد حي فمن مال البائع الا أن يكون المشتري منعه وقد قبض الثمن فتكون عليه القيمة .

وقد ذكرنا (العلل) في شبيهة بهذه المسألة فيما مضى من هذا الكتاب .

(**وقياس قول مالك**) ان يكون هلاك السلعة من مال البائع فان كان

---

(١) أي في تلك المسألة .

المشتري منعه بعد نقض البيع فيه واختياره الرد وقد قبض الثمن الذي كان دفعه الى البائع فعليه قيمته لأن من قوله: ان السلعة اذا اشُتريت بشرط خيار فملك البائع على حاله فيها وان هلكت كان هلاكها منه .

واختلفوا في حكم الرجل يشتري عدلا من متاع برأس المال ولم يخبره البائع برأس المال

(**فقياس قول الشافعي**) ان البيع باطل فان هلك قبل ان يعلم رأس المال أو بعده في يد المشتري فعليه قيمته (**في قياس قوله**) لأن هذا قوله في البيوع الفاسدة . (وهذا قول أبي ثور) .

(**وقال ابو حنيفة وأصحابه**) المشتري بالخيار اذا أخبره بين الاخذ والرد ، فان علم بالثمن فاستهلك قبل الرد فعليه القيمة ان اختار الرد ، وان اختار الامساك فجائز وعليه الثمن (الجوزجاني) . (وقالوا جميعاً) اذا كان الخيار لهما جميعاً فانه لا يلزم أحداً منهم البيع حتى يجتمعا على الإنفاذ أو الفسخ .

(**وقياس قول مالك**) ان يكون البيع فاسداً اذا لم يكن المشتري أو البائع عالماً بمبلغ ذلك في حال ما تعاقدا البيع عليه لأن (من قوله) ان الثمن اذا لم يكن معلوماً في حال الشراء فلا بيع بينهما .

واختلفوا في حكم البيع يعقد على المشتري ان لم ينقده الثمن الى أيام فلا بيع بينهما

(**فقال مالك**) وسئل عن الرجل يبيع من الرجل البز فيذهب المشتري عنه ثم يأتيه من الغد بالثمن فيقول البائع: انما بعتك على أن تأتيني بالثمن قبل أن تغيب الشمس ، فلا بيع بيني وبينك . ويقول الآخر: ما شرطت عليّ شيئاً من ذلك

وانما بعتني على غير شرط وذهبت لآتيك بالنقد (**قال مالك**) أرى البائع نادما واراه مدعيا فان لم يكن للمدعي بينة على ما ذكرنا اسلم الى المشتري بيعه . ولو كانت له بينة على ذلك ما رأيت ذلك بجائز ، لأنه ليس من بيوع المسلمين ان تقول : ان جئتني بالنقد اليوم والا فلا بيع بيني وبينك . فكيف وليس[1] له بينة يُرى البيع جائزاً للمشتري وان اشترطه .

(**وقياس قول الشافعي**) . . . (**وهو قول أبي حنيفة وأصحابه**) ان البيع باطل ، إلا أن (أبا حنيفة وأصحابه قالوا) : إن اعتقه المشتري قبل مضي المدة جاز عتقه ، وكان عليه الثمن إن كان المشترى عبداً .

(**وقال ابو ثور**) . البيع جائز فان جاء بالثمن والا فسخ البيع بينهما ، فإن أعتقه المشتري قبل مضي المدة جاز عتقه إن كان موسراً ، ولا يجوز ان كان معسراً ، وإن مضت المدة فاعتق كان العتق باطلاً بكل حال .

(والعلل) في هذه المسئلة على اختلافهم فيها شبيهة بالعلل في المشترط شرطاً فاسداً في عقد البيع .

وإن اشترط المشتري الخيار لإثنين كان لهما الرد ولأيهما شاء ، ولا يكون رضي أحدهما رضى الآخر (**في قول مالك**) (حدثني بذلك يونس عن ابن وهب عنه) .

(وهو قول أبي يوسف ومحمد) (الجوزجاني عن محمد) .

(**وقال أبو حنيفة**) : لا يحكم حكم واحد دون صاحبه ، ولا يجوز حكمها إلا أن يجتمعا على رد أو إمساك . (وهو قول أبي ثور) .

(وعلة من قال : بقول مالك) : إن السلعة إنما تخرج من ملك البائع

---

(١) ن : وليس بينة .

بالمعنى الذي أخرجها البائع به ، وهو باختيار المشروط اختيارهما واختيار واحد ليس باختيار منهما . واما الرد فللواحد لأنه إذا رد واحد كان البائع على ملكه الذي كان قبل ، لأنه لم يخرج من ملكه .

(وعلة من قال : بقول أبي حنيفة) : ان الرد لا يكون الا برضائهما واجتماعهما عليه ، كما لا يدخل في ملك المشتري الا باجتماعهما عليه .

وإذا **اشترى الرجل سلعة واشترط الخيار إلى الليل** ، أو إلى الغد أو إلى الظهر فإن الخيار ينقطع بدخول أول الليل وعند طلوع الفجر ، وزوال الشمس (**في قول الشافعي**) (حدثنا بذلك عنه الربيع) .

(وهو قول أبي يوسف ومحمد وأبي ثور) .

(**وقال أبو حنيفة**) : إذا كان الخيار إلى الليل كان له الليل كله ، وكذلك إلى الغد كان له الغد كله .

وقد ذكرنا (العلل) في شبيهة بهذه المسألة في كتاب الإيمان والنذور .

وان **وكل رجل رجلا بشراء شيء فاشتراه وشرط الخيار** للمشترى له إلى وقت فاختلف البائع والوكيل فقال البائع : قد رضي الآمر والآمر ليس بحاضر ، وقال المشتري : لم يرض . فإن للمشتري الرد (في قول أبي حنيفة ، وأبي يوسف ومحمد) . وإن كان الآمر حاضراً وصدّقه المشتري ، وأنكر الآمر لزم البيع المشتري ، وكان للآمر عليه الثمن . ولو كانت هذه المقالة منه بعد مضي الأيام لزم البيع الآمر إلا أن يُشهد بينة أنه قد أبطله قبل مضي المدة (الجوزجاني عن محمد) .

(**وقال أبو ثور**) : إذا كان الآمر غير حاضر فاختلف المشتري والبائع فقال البائع : قد رضي الآمر ، وقال المشتري : لم يرض فالقول قول المشتري ولا يحلّف . وان قال البائع : رضي الآمر وصدّقه المشتري وانكر الآمر وهو حاضر

فالقول قوله مع يمينه . وان علم البائع صدق الآمر لزمه البيع ولم يتبع المشتري بشيء وان لم يعلم كان للآمر أخذ الثمن من المشتري ولزم المشتري البيع ولا يملكه اذا علم أن الآمر قد رضي. ويبيع السلعة فيعطي البائع الثمن فإن كان فيها فضل ، رده إلى الآمر ، وإن كان فيها نقصان كان له أخذه من مال الآمر إذا أمكنه إذا كان قد ضمنه الثمن .

(واجمعوا أن بيع المرابحة جائز)

ثم اختلفوا في الربح الذي يجوز به البيع على المرابحة

[١](**فقال مالك**)[٢] : الأمر عندنا في البز يشتريه الرجل[٣] ببلد ، ثم يقدم به بلدا آخر فيبيعه مرابحة إنه لا يحسب فيه أجر[٤] السمسار ، ولا[٥] أجر الطي ولا الشد ولا النفقة ولا كراء[٦] بيت فاما كراء البز[٧] فإنه يحسب في أصل الثمن ، ولا يحسب فيه ربح إلا أن يعلم[٨] من يساومه بذلك كله فإن[٩] أربحوه[١٠] على ذلك كله بعد العلم به فلا بأس[١١] ، وأما القصارة والخياطة والصباغ وما أشبه ذلك ، فهو بمنزلة البز يحسب[١٢][١٣] له فيه ربح كما يحسب في البز

(١) م : بيع المرابحة .

(٢) م : قال مالك : الأمر المجتمع عليه عندنا .

(٣) في بعض نسخ الهند : من بلد .

(٤) م : السماسرة .

(٥) وفي طبع تونس وشرح الزرقاني : أجرة .

(٦) زرقاني : البيت .

(٧) م : في حملانه فانه .

(٨) م : يعلم البائع من .

(٩) م : ربحوه

(١٠) قوله : على ذلك كله : سقط في طبع تونس وشرح الزرقاني .

(١١) زرقاني : واما . طبع تونس : فاما . وفي بعض نسخ الهند وطبع مصر : قال مالك فاما .

(١٢) قوله : له : سقط في النسخة .

(١٣) قوله : فيه : سقط في بعض نسخ الهند .

فإن باع البز ولم يبين[1] مما سميت أنه لا يحسب له[2] فيه ربح[3] فإن فات البز فإن الكراء يحسب ، ولا يحسب عليه ربح[4] ، وإن لم يفت البز فالبيع مفسوخ بينهما إلا أن يتراضيا على شيء مما[5] يجوز بينهما (أخبرني بذلك يونس عن ابن وهب عنه) .

(**وقال الأوزاعي**) في بيع المرابحة : يرفع فيه كراءه ونفقته ، ثم يبيعه بعد ذلك مرابحة إن شاء (حدثت بذلك عن الوليد عنه) .

(**وقال أبو حنيفة وأصحابه**) إذا اشترى الرجل متاعاً فله أن يحمل عليه ما أنفق عليه في القصارة والخياطة والكراء (الجوزجاني عن محمد) .

(**وقال أبو ثور**) : الذي نقول به أن المرابحة لا تجوز إلا على الثمن الذي اشتراه به ، ولكن أحب أن يحسب جميع ما أنفق عليه ، وما لزمه فيه من شيء ثم يقول : يقوم عليّ بكذا ، فذلك جائز ، ولا يقول : اشتريته بكذا ، وقد حمل عليه ما أنفق ، فالبيع مفسوخ ، وإن استهلك المشتري المتاع كان عليه القيمة ورجع بالثمن . وما أنفق على المتاع وعلى الرقيق في طعامهم ومؤنتهم وكسوتهم حسب عليهم ، وقال : يقوم عليّ بكذا ، ولا يحسب في ذلك نفقته ولا كراءه .

(**وعلة من قال**) : يحسب مع الثمن أجرة القصارة والخياطة ، وما أشبه ذلك أن ذلك زيادة في السلعة داخلة فيها ، فكان له أن يحسب عليها كل ما كان منها .

(**وعلة من قال**) : إن باع مرابحة على ما اشترى به ، فليس له أن

---

(١) م : شيئاً مما .
(٢) قوله : فيه : سقط في بعض نسخ الهند .
(٣) ن : وفات البز .
(٤) م : فان .
(٥) ن : يجوز : بحاء صغيرة تحت الحاء .

يحسب في ذلك شيئاً إلا الثمن . ان ما اشترى به السلعة هو الثمن الذي وقعت عليه عقدة البيع لا أجرة القصارة وما أشبهها فليس له أن[1] يخبر إذا باع مرابحة على ما اشترى به إلا بما وقعت عليه العقدة .

وإن علَّم رجل غلامه أو جاريته فأعطى عليه أجرة مثل تعليم القرآن ، أو العربية وغيرهما من الأدب مما يزيد في ثمنه فلا يحتسب بشيء من ذلك (في قول أبي حنيفة وأصحابه) (وقالوا) : يحتسب بما كان من أجر سائق يسوق الغنم في رأس المال ، وأجر السمسار (الجوزجاني عن محمد) .

(**وقال أبو ثور**) : ما كان يزيد في ثمنه من تعليم ما ليس بمعصية، فلا بأس أن يلحقه في الثمن .ويقول: يقوم عليّ بكذا فأما اذا كان معصية مثل الغناء والنياحة فلا يحتسب به .

(**وقياس قول الشافعي**) إنه غير جائز له أن يُدخل في الثمن إلا ما وقع به الشراء من الثمن ولكن جائز له أن يسمي كل ما دخل في السلعة من مؤنة مما هو زيادة في عينها ، ثم يقول : قام عليّ بكذا لأن (من قوله) إن كل ما كان صلاحاً للمتاع مما هو عين قائمة فيه ، أو أثر مما له قيمة فسبيله سبيل نفس[2] المبيع ، فلذلك جاز له أن يقول : قام علي بكذا .

واختلفوا في حكم الرجل يشتري سلعة بثمن في بلد فيبيعها مرابحة ببلد غيره، أو يبيعها مرابحة وقد دخلها نقص

[3](**فقال مالك**) : في الرجل يشتري المتاع بالذهب[4] او الورق

---

(١) ن : يخير

(٢) ن : المتبع .

(٣) هذا في الموطا تابع لقول الإمام المذكور في الباب السابق .

(٤) ن : والورق : م : أو بالورق .

والصرف يوم اشتراه عشرة دراهم بدينار ،فيقدم به[1] بلداً اخر فيبيعه مرابحة ، أو يبيعه حيث اشتراه مرابحة على صرف ذلك اليوم الذي باعه فيه[2] إن كان ابتاعه بدراهم وباعه بدنانير ، أو ابتاعه بدنانير وباعه بدراهم[3] فإن كان[4] المتاع لم يفت فالمبتاع بالخيار إن شاء أخذه ، وإن شاء تركه . [5] فإن فات[6] المتاع كان [7] للمشتري بالثمن الذي ابتاعه به البائع ويحسب [8] للبائع الربح على ما اشتراه به على ما ربحه المبتاع (أخبرني بذلك يونس عن ابن وهب عنه) . [9]

قال : وسألته عن الرجل يشتري المتاع فيحوّل السوق ، أو يقيم عنده شهرا ، أو أكثر من ذلك ، ثم يريد أن يبيعه مرابحة ؟ (فقال مالك) : لا ينبغي أن يبيعه مرابحة إلا أن يتقارب ذلك من اختلاف الأسواق .

(وقال الأوزاعي) في الرجل يشتري سلعة بنسيئة إلى وقت ، ثم باعها مرابحة ولم يبين ذلك (فقال) : للمشتري إلى مثل أجله الذي كان اشتراها إليه (حدثت بذلك عن الوليد عنه) .

(وقال أبو ثور) : إذا اشترى الرجل بيعا بنسيئة ، فباعه مرابحة بنقد، فالبيع جائز .فإن علم المشتري أنه اشتراه بنسيئة وكتم ذلك ،كان بالخيار إن شاء رده وإن شاء أخذه ، وإنما ذلك بمنزلة عيب دُلّس له ، فإن كان المشتري قد

---

(١)م : بلداً فيبيعه .
(٢)م : فإنه إن كان .
(٣)م : وكان .
(٤) م : المبتاع : إلا في بعض نسخ الهند .
(٥) م : وان .
(٦) زرقاني : المبتاع .
(٧) وفي بعض نسخ الهند : المشتري .
(٨) وفي بعض نسخ الهند : البائع .
(٩) أي ابن وهب .

استهلك البيع كله كان على البائع ما بين النقد والنسيئة ، وإن كان استهلك بعضه رد ما بقي وقيمة ما استهلك . وإذا اشترى الرجل خادماً أو دابة ، أو شيئاً فأصاب الخادم بلاء فذهب بصره ، أو لزمه من ذلك عيب ، أو أصاب المشترى عيب فإنه لا يبيعه مرابحة حتى يبين ما أصابه عنده ، فإن باعه ولم يبين فالمشتري بالخيار في الرد والأخذ .

(**وقال أبو حنيفة وأصحابه**) : في المسألة الأولى إذا استهلك المشتري المتاع أو بعضه ، لم يرجع بشيء ، وكان البيع جائزاً . (وقالوا في **المسألة الثانية** : إذا اشترى فأصابه عنده نقص فلا بأس أن يبيعه مرابحة . (وقالوا) : إن أصابه عيب من فعل المولى ، أو غير فعله[1] .

خرم

[2]أو الدراهم قبل أن يصرفها فهي من مال الآمر ذهبت وذلك أن الطالب أمين حتى يصرف ويقبض حقه .

(وهو قول النعمان وأصحابه) .

(**وقال أبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور**) : إذا قال بعها بحقك ، فباعها وأخذ الثمن فهو من حقه حين قبضها فإن ضاعت فمن ماله ضاعت .

وإذا أقرض الرجل صبياً أو معتوهاً أو عبداً قرضا فإن أصيب بعينه أخذه (في قول مالك والشافعي وأبي حنيفة وأصحابه وأبي ثور) .

وان استهلكوه ففي مال الصبي والمعتوه (**في قياس قول الشافعي** ، وأبي

---

(١) قال محمد بن الحسن في كتاب الأصل : وإن أصاب العبد من ذلك عيب من عمل المولى ينقصه فلا يبيع شيئاً من ذلك مرابحة حتى يبين ذلك وكذلك إذا أصابه من عمل غيره ، لأنه ضامن لما نقصه .

(٢) ضاع ما كان قبل هذا من كتاب الصرف ، فكتب في أعلى هذه الصفحة : فيه متفرقات الصرف والسلم : ولا أعلم من القائل ها هنا : ولعل تكملة الجملة التي ضاع أولها : وان ضاعت الدنانير .

يوسف وأبي ثور) وعلى العبد إذا عتق (في قول أبي ثور) .

(وقال أبو حنيفة ومحمد) : لا ضمان على الصبي ولا على المعتوه إذا استهلكاه .

الصرف في تراب المعدن والصاغة

(قال مالك) : وسئل عن شراء تراب الذهب من المعادن بالفضة (فقال) : لا بأس به ، يداً بيد ، ولا بأس بتراب الفضة بالذهب يداً بيد (حدثني بذلك يونس عن أشهب عنه) .

[1](وقال الشافعي)[2] لا[3] خير في شراء[4] تراب المعادن بحال لأن فيه[5] فضة[6] ولا يُدرى كم هي ولا يعرفها البائع[7] ولا المشتري وتراب المعدن والصاغة سواء ، ولا يجوز[8] شراء ما خرج منه[9] يوماً أو يومين ، ولا يجوز شراؤه بشيء (حدثنا بذلك عنه الربيع) .

(وقال أبو حنيفة وأصحابه) إن اشتراه بذهب فلا بأس به ، وإن اشتراه بعرض فكذلك وهو بالخيار إذا راه . (وقالوا) : إن اشتراه بدنانير[10] وهو فضة ، أو بدراهم وهو ذهب لم يجز . (وقالوا) : من احتفر في معدن حفرة فلا

---

(١) ام : بقية البيع : باب ما جاء في الصرف .
(٢) ام : ولا .
(٣) ام ق : صرف في شيء من تراب المعادن ، فلا خير في شري تراب المعادن بحال الخ .
(٤) أم مد : أتراب .
(٥) ام ق : الفضة .
(٦) ام : لا يدري .
(٧) ن : والمشتري .
(٨) قوله : شراء ما خرج : الى : ولا يجوز : سقط في ام ق .
(٩) ام مد : يوم ولا يومين .
(١٠) ن : وفضة وهو فضة .

يجوز له بيعها ، وكذلك الصخرة في الجبل ، وكل ما لم يُحزه فيصير في ملكه .

(وقالوا) : فيمن استقرض من رجل تراب ذهب ، أو فضة فعليه مثل ما خرج منه من الفضة أو الذهب ، والقول قول المستقرض مع يمينه .

(وقال ابو ثور) : لا يجوز ذلك حتى يعلم ما فيه من الفضة

واختلفوا في بيع العطاء

(فقال مالك) : وسئل عن الكتّاب يكون لهم الأرزاق وعن الأجراء بالقمح أيبيعونهاقبل أن يستوفوها(فقال) : أكره أن يبيعوا ذلك قبل أن يستوفوه (أخبرني بذلك يونس عن أشهب عنه) .

(وهذا قياس قول الشافعي) .

(وقال أبو ثور) : لا يجوز بيع العطاء ، ولا الزيادة فيه ، وذلك أن العطاء ليس بعين قائمة ولا ملك لرجل ولا صفة من الصفات ، فيكون مضموناً في ذمة البائع ، وإن كان ذلك أرزاقاً قد خرجت وصك بها فلا بأس ببيعها.

(وقال أبو حنيفة وأصحابه) : مثل ذلك .

(١) (وقالوا) : إذا كان لرجل دراهم على رجل(٢) وله على رجل دنانير فلا يجوز بيع الدراهم الدين بالدنانير الدين .

(وقالوا كلهم) :إذا اشترى رجل من رجل ديناراً بعشرة دراهم فنقده الدينار ولم يقبض الدراهم حتى يشتري بالدراهم من صاحبه ثوباً قبل القبض. كان الشراء جائزاً ولا يكون قصاصاً من ثمن الدينار لأنه لم يقبض الدراهم

---

(١) كأنهم أبو حنيفة وأصحابه .

(٢) أي للثاني .

والصرف لا يجوز الا بتقابض .

واختلفوا في شراء العبد من سيده الدرهم بالدرهمين والمعاملة في دار الحرب

(فقال مالك) : **وسئل** : أيجوز فيما بين العبد وسيده الربا : الدرهم بالدرهمين (فقال) أتسأل عما حرم الله ، فيذهب هو يربي مع عبده . **فقيل** : له أحرام هو ؟ (قال) : هو ما قلت لك (حدثني بذلك يونس عن أشهب **عنه**) .

(وقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابه) : لا ربا بين العبد وسيده .

(وقال أبو حنيفة وأصحابه) : لا بأس أن يشتري الرجل من عبده الدرهم بالدرهمين إلا أن يكون على العبد دين فلا يجوز ذلك . (وقالوا) : اذا دخل المسلم دار الحرب فلا بأس أن يبيعهم درهما بدرهمين ويبيعهم الخنزير والميتة والخمر ويربي عليهم ، ويبيعهم الفضة بالفضة ، والذهب بالذهب ، وكل ما نهي عنه الواحد بإثنين وأكثر يداً بيد ونسيئة .

(وقالوا) : إذا دخل حربي بأمان إلينا فباع من مسلم درهما بدرهمين طيبة بذلك نفسه كان ذلك ربا لا يجوز ، وكذلك لو باع بعضهم من بعض لأن الدار دار الإسلام .

(وقالوا) : إن دخل مسلم دار الحرب فباع بعضهم من بعض درهما بدرهمين إن ذلك لا يجوز .

(قالوا) : ولو شرب مسلم خمراً في دار الحرب ، أو زنى ، ثم رُفع الينا بعدما خرج إلى دار الإسلام لم يقم عليه الحد . (وقالوا) : إن قتل مسلم مسلماً في دار الحرب ، ثم خرج إلينا أقيد . **(وقالوا)** : إن أسلم قوم من أهل الحرب فتعاملوا في الربا لم يرد (في قول أبي حنيفة ومحمد) إلا أن (محمداً

قال) : فيما تبايع به من أسلم في دار الحرب منهم أبطله .

(**وقال أبو يوسف**) : لا أجيز لمسلم أن يشتري من حربي إذا دخل بأمان درهماً بدرهمين ، ولا شيئاً من الربا : ولا يبيعه خنزيراً ولا ميتة .

(**وقال مالك والشافعي وأبو ثور في ذلك كله**) : لا يجوز فى دار الحرب ولا غيرها لمسلم أن يبيع أو يشتري إلا كما يجوز له في دار الإسلام .

(**وقال أبو ثور**) : في مبايعة العبد سيده مثل قول مالك .

(**وقالوا كلهم**) :إذا اباع الرجل إناء فضة ولم يشترط جيداً ولا رديئاً فإذا هو غير فضة فالبيع مفسوخ .

(**قال أبو ثور**) : إذا باع الرجل عبدا بمائة دينار ، فقبض الثمن فأصاب المشتري بالعبد عيبا فاقر البائع بذلك ، أو جحد ، ثم صالح من ذلك في الوجهين جميعا على دينار فالصلح جائز . فإن قبض الدينار قبل أن يتفرقا أو بعد ،فهو جائز ، وذلك أن الصلح حط من الثمن ، وإن صالحه على دراهم فقبضها قبل أن يتفرقا فإن الصلح جائز . وإن افترقا قبل أن يقبض فالصلح باطل ، وذلك أن الثمن ذهب فإن صالحه على ذهب كان بمنزلة الحط من الثمن ، وإذا كان دراهم كان ثمناً لما لزم العيبُ من الثمن ، وهو ذهب فلا يجوز إلا أن يقبض قبل أن يتفرقا .

(وهو قول أبي حنيفة وأصحابه) (الجوزجاني عن محمد) .

واختلفوا في رجلين لكل واحد منهما على صاحبه لواحد ذهب[1] وللآخر فضه فيتصارفان

(**فقال مالك**):وسئل عن: الرجل يكون له على الرجل الدنانير، [1] وللآخر

(١) ن : ولا حر .

عليه دراهم فيلتقيـــان فيتصارفـــان يقـــول : هل لك أن أصارفك[1] الذي لك عليّ بالذي لي عليك ، فيتصـارفان عـلى ذلك ، ويبـريء كل واحـد منهما صاحبه مما له عليه ؟ (فقال) : لا بأس بذلك ، (حدثني بذلك يونس عن ابن وهب عنه) .

[2] (**وقال الشافعي**) : [3] لا يجوز ذلك لأنـه دين بدين[4] ، فـإن كان الذي لكل واحد منهما على صاحبه دنانير جاز أن يقاصّه مما عليه (حدثنا بذلك عنه الربيع) .

(**وقال أبو حنيفة وأصحابه**) : ذلك جائز (الجوزجاني عن محمد) .

(**وقال أبو ثور**) : لا يجوز ذلك إلا أن يقبض ، ثم يقاصه ، أو يكون قضاه الذهب بالورق الذي عليه بالسعر .

واختلفوا في المتصارفين يبعثان أو احدهما من[5] يُرى أحد الثمنين .

(**فقال مالك** : **وسئل عن** : الرجل يبتاع من الرجل الذهب المكسـور على أن يذهب به يفتنه ؟ (قال) : لا خير فيه ، ولكن يذهب به فليفتنه قبـل ذلـك إن أحب[6] **فقلت** له ، ومـا يفتنه (قـال) : يـدخله النـار يستبـرئـه . (قال) : وسئل عن الرجل يبتاع الذهب المكسور على أن يـذهب به يفتنـه ؟

---

(١) ن : بالذي

(٢) ام : بقية البيع : باب ما جاء في الصرف .

(٣) ام مد : ومن كانت عليه دراهم لرجل ، وللرجل عليه دنانير فحلت أم لم تحل فتطارحها صرفاً لا يجوز ، لأن ذلك دين بدين : وفي أم ق كذلك إلا : فتطارحاها صرفاً فلا .

(٤) قوله : فإن كان الخ : لم أجده في الأم .

(٥) كذا في النسخة .

(٦) أي ابن وهب .

(قال) : لا خير في ذلك ، والحلي مثل الدراهم ، (وكره) أن يكون لـه فيه نظر .

(قال) : وسمعته وسئل عن : الرجـل يصرف من الصـراف الدينـار بدراهم فيقف عنده ويبعث غلاماً يريها ؟ (فقال) : ما يعجبني هذا .

(قال) : وسئل عن : رجل اصطرف بدينار ثمنيـة عشر درهمـاً ونصفاً فدفع إليه الصراف الدراهم ، وقال : هذا الغلام يذهب معك يعطيك النصف الدرهم ، (قال) : لا (حدثني بذلك يونس عن ابن وهب عنه) .

[١](وقال الشافعي) : [٢] إذا صرف الرجل شيئاً فلا بأس إذا تقابضا أن يذهبا[٣] فيُريا الدراهم ، وكذلك لا بأس أن يذهب هو على الإنفراد[٤] فيريها (حدثنا بذلك عنه الربيع) .

(هذا قياس قول أبي حنيفة وأصحابه وأبي ثور) .

واختلفوا في الأجرة على صياغة الذهب والفضة

(فقال مالك) : وسئل عن الرجل يأتي بدنانيره إلى بيت ضرب الدنانير فيدفعها إليهم فيصفّون ماله حتى إذا صفوه[٥] ضاربوه دنانيرهم الوازنة الجيـاد المنقوشة مثلا بمثل ، ثم يـأخذون منـه ديناراً لكـل مائـة عمل أيـديهم (فقال مالك) : إنه قد ذُكر الذي يصيب الإنسـان من الحبس والإقامـة للفراغ منهـا (فقال مالك) : لا بأس به إن شاء الله وأراه خفيفاً ، وذلك أن الرجل يـأتي بالمال العظيم العشرة ونحو ذلك فتشتد عليه الإقامة حتى يفـرغ من ضربهـا ،

---

(١) ام : باب ما جاء في الصرف .

(٢) ام : ولا بأس اذا صرف منه وتقابضا .

(٣) ام : يزنا .

(٤) ام مد : فيزنها : ام ق : فيزنها .

(٥) كذا في النسخة ، ولعل صوابه : صارفوه : يصارف .

فأرجو أن لا يكون عليه في ذلك بأس .

وسئل عن : الرجل يأتي الصائغ بالورق يريد أن يعمله خلخالاً بوزنه من الورق ، ويعطيه أجر عمل يديه (فقال) : لا خير في هذا ، وليس هذا مثل الذي[1] يضارب أصحاب بيت الضرب (وقال مالك) : وإجارة الصائغ تختلف (حدثني بذلك يونس عن ابن وهب عنه) .

(**وقال الأوزاعي**) : **وقيل له** : راطلتُ صائغاً على حلي صاغه لي بدراهم ، أو[2] ذهب مثل وزنها وأعطيته تبر ذهب ؟ (قال) : لا يصلح **قيل** : فأعطيته عرضاً من العروض ؟ (قال) : لا يصلح (حدثت بذلك عن الوليد عنه) .

(**وقال الشافعي**) :[4] لا خير في أن يصارف الرجل الصائغ[5] الفضة[6] بحلي الفضة المعمولة[7] ، ويعطيه إجارته لأن هذا[8] الورق بالورق متفاضلاً[9] ، ولا خير في أن يأتي الرجل بالفص إلى الصائغ فيقول[10] : اعمل لي خاتماً حتى أعطيك[11] فضتك وأعطيك أجرتك[12] (حدثنا بذلك عنه الربيع) .

(**وقال أبو ثور**) : إذا استأجر رجل أجيراً يعمل له فضة معلومة

---

(١) كذا في النسخة ، ولعل صوابه : صارفوه : يصارف .
(٢) ن : ذهبا .
(٣) أم : باب ما جاء في الصرف .
(٤) أم : ولا .
(٥) قوله : بحلي الفضة : سقط في ام مد .
(٦) ام ق : بالحلي .
(٧) ام مد : او يعطيه .
(٨) ن : الوزن بالوزن .
(٩) قوله : ولا خير في أن الخ : سقط في أم مد .
(١٠) ام ق : فيقول له : أعمله لي .
(١١) قوله : فضتك وأعطيك : سقط في أم ق .
(١٢) زاد في ام ق : قاله مالك .

يصوغها صياغة معلومة فلا بأس بذلك .
(وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه) .

(**وقال ابو ثور**) : إذا استأجر رجل رجلاً يموّه له لجاماً ، أو سرجاً ، أو ما كان جاز ذلك إذا كان ما يموه به من عند صاحب السلعة . فإن اشترط على المموه أن يكون التمويه من عنده كان باطلاً ، لأنه بيع وأجرة ، ولا يجوز حتى يُعلم ما يموه[١] به من ذهب أو فضة ويتقابضا .

(**وقال أبو حنيفة وأصحابه**) : إذا اشترط على المموه الذهب فلا خير فيه ولا يجوز . (وقالوا) : إن استأجره على أن يموه له بذهب ، أو فضة بكيل ، أو وزن من العروض معلومة جاز ذلك .

(**وقالوا كلهم**) : لو قال رجل لصائغ : صغ لي خاتماً أو اجعل لي فيه وزن درهم فضته[٢] ، وكراؤك نصف درهم ، فعمله على ذلك ، فلا يجوز ، والخاتم للصائغ ، وذلك أنه لم يقبض منه فضة ، فيكون ديناً عليه فلا يلزمه شيء ، ولا[٣] يبيعه إلا مثلاً بمثل ، ولا يعطي الصائغ شيئاً إلا أن تكون الفضة ملكاً لصاحب الخاتم[٤] .

واختلفوا في مراطلة الذهب الجيدة والرديئة بالذهب الرديئة

[٥](**فقال مالك**): في الرجل يراطل الرجل[٦] فيعطيه الذهب العتُق[٧] ويجعل

---

(١) ن : له .
(٢) ن : وكراك .
(٣) ن : بيعه .
(٤) قال ابن الصباغ في الشامل : إذا قال لصائغ صغ لي خاتماً من فضة فيه درهم لأعطيك درهماً وأجرتك ، فصاغه فإن هذا ليس بشراء والخاتم للصائغ لأنه اشترى فضة مجهولة بفضة مجهولة .
(٥) موطأ : ما جاء في المراطلة .
(٦) م : ويعطيه .
(٧) م : الجياد ويجعل معها تبراً ذهبا .

معها تبر ذهب غير[1] جيد ، ويأخذ من صاحبه ذهباً كوفية مقطّعة وتلك الكوفية مكروهة عند الناس فيتبايعان ذلك مثلاً بمثل[2] فإن ذلك لا يصلح (قال) :[3] وتفسير ذلك أن صاحب الذهب[4] الجيد أخذ فضل عيون ذهبه في التبر الذي طرح مع ذهبه ، ولولا فضل ذهبه على ذهب صاحبه لم يراطله صاحبه[5] بتبره ذلك إلى ذهبه الكوفية[6] ، وإنما مثل ذلك[7] كرجل أراد أن يبتاع ثلاثة[8] آصع من تمر عجوة بصاعين[9] ومد من[10] كبيس فقيل له : هذا لا يصلح ، فجعل صاعين من كبيس وصاعاً من حشف يريد أن يجيز[11] بيعه ، فذلك لا يصلح[12] لم يكن صاحب العجوة ليعطيه صاعاً من العجوة بصاع من[13] الحشف ، ولكنه إنما أعطاه[14] لفضل الكبيس[15] **(قال مالك)** :[16] وكل شيء من الذهب والورق والطعام كله الذي لا ينبغي أن[17] يباع إلا مثلاً بمثل فلا ينبغي أن يُجعل مع الصنف الجيد منه المرغوب فيه الشيء

---

(١) م : جيدة .

(٢) م : ان ذلك .

(٣) م : وتفسير ماكره من ذلك .

(٤)م : الجياد .

(٥)ن : تبره .

(٦) وزاد في الموطأ في طبع مصر وشرح الزرقاني : فامتنع .

(٧) م : كمثل رجل .

(٨) م : أصوع : لا في بعض نسخ الهند : قال الزرقاني : وفي نسخة أصع .

(٩) في بعض نسح الهند : ومدين .

(١٠) م : تمر كبيس .

(١١) م : بذلك بيعه .

(١٢) م لأنه لم يكن .

(١٣) م : حشف .

(١٤) م : ذلك لفضل .

(١٥) وزاد في الموطأ مثل ذلك : إذا كان مطرح التمر حنطة .

(١٦) م : فكل .

(١٧) وفي بعض نسخ الموطأ : يبتاع .

الرديء المسخوط ليجاز[1] بذلك البيع[2] ويُستحل[3] بذلك ما نُهي عنه من الأمر الذي لا يصلح[4] ، (قال) : [5] فإن أراد صاحب الطعام الرديء أن يبيعه[6] بغيره ، فليبعه على حدته ، ولا يجعل مع ذلك شيئاً فلا بأس [7] (حدثني بذلك يونس عن ابن وهب عنه) .

[8](**وقال الشافعي**) : إذا جمعت صفقة البيع شيئين مختلفي القيمة

---

(١) قوله : بذلك ليس في طبع تونس ، وشرح الزرقاني .

(٢) زرقاني : وليستحل .

(٣) قوله : بذلك : ليس في بعض نسخ الهند .

(٤) زاد في الموطأ بضعة أسطر .

(٥) ن : فإن قال : أراد .

(٦) ن : لغيره .

(٧) زاد في الموطأ : به إذا كان كذلك .

(٨) ام : باب ما جاء في الصرف : وإذا جمعت الخ : وقد سقط في أم مد هذا وغيره نحو مقدار ورقتين من ام ق : وقال المزني : باب تفريق صفقة البيع وجمعها : قال المزني فاختلف قول الشافعي في تفريق الصفقة وجمعها وبيضت له موضعاً لأجمع فيه شرح أولى قوليه فيه : إن شاء الله : قال المصحح : هذا في نسخة المكتبة الخديوية ١٣ فقه شافعي وأما في ٢٤٢ و ٢٦٨ سقط الباب كله ولم يذكر الماوردي في الحاوي الكبير ، ولا ابن الصباغ في الشامل عن المزني غير هذا : وزاد في ١٣ : وجدت في النسخة التي نقلت منها هذه النسخة المكتتبة بخط الشيخ الإمام العلامة شمس الدين أبي عبد الله محمد البرماوي الشافعي أمتع الله بحياته وأعاد من بركاته لما وصلت في الكتابة إلى هذا الموضع ما صورته .

ويقول كاتبه محمد بن عبد الدائم البرماوي : لما انتهيت في قراءتي مختصر المزني على شيخنا شيخ الإسلام سراج الدين أبي حفص عمر البلقيني، أطال الله بقاءه، إلى هذا الباب ، وجدته في عدة من النسخ هكذا أعنى قول المزني أنه بيض له ليجمع فيه نصوص الشافعي ، ووجدت في نسخة قديمة من الكتاب نصوصاً متعددة وكلاماً مطولاً لا يحتمل أن يكون مما وعد المزني به ، ويحتمل أن يكون من جمع الناس بعده ، فعرضته على شيخ الإسلام المشار إليه فأمرني بقراءته عليه احتياطا للإحاطة بجميع الكتاب والله أعلم بالصواب ، فأردت كتابته في ابتدائه في عرض الورق ليتميز وبالله التوفيق .

فكتبه في عرض الورق وأنا كتبته على العادة وهو : فقال في هذه النسخة بعد الترجمة بتفريق الصفقة وجمعها من غير أن يذكر ما سبق .

قال الشافعي رحمه الله الخ : قال المصحح : وما يختص من ذلك بالمسائل المذكورة في اختلاف الطبري فهو هذا : وقال في كتاب الإملاء على مسائل مالك المجموعة ، وإذا أجمعت الصفقة برديا وعجوة بعشرة وقيمة البردى خمسة اسداس الثمن وقيمة العجوة سدس العشرة فالبردى بخمسة أسداس الثمن والعجوة بسدس من الثمن ، وبهذا المعنى قال في الإملاء لا يجوز ذهب جيد ورديء بذهب وسط ولا تمر جيد ورديء بتمر وسط ، لأن لكل واحد من الصنفين حصة من القيمة ، فيكون الذهب بالذهب ، والتمر بالتمر مجهولاً ، وقال في الإملاء على مسائل مالك المجموعة : إن الصفقة إذا جمعت على شيئين مختلفين فكل واحد منهما مبيع بحصته من الثمن .

مثل تمر برديّ وتمر عجوة[1] معاً[2] بصاعي تمر ، وصاع من هذا بدرهمين[3] وصاع من هذا بعشرة دراهم ، فقيمة البردى خمسة أسداس الإثني عشر ، وقيمة العجوة سدس الأثني عشر[4] وهكذا لو كان صاع البردي وصاع العجوة بصاعي[5] لوز كل واحد منهما بحصته من[6] اللوز ، فكان البردي بخمسة أسداس صاعين والعجوة[7] بسدس صاعين ، فلا يحل من قبل أن البردي بأكثر من كيله والعجوة بأقل من كيلها ،[8] وهكذا ذهب بذهب[9] كأن مائة دينار مروانية وعشرة محدثة بمائة دينار وعشرة هاشمية فلا خير فيه من قبل أن قيم المروانية أكثر من قيم المحدثة[10] ، فهذا الذهب بالذهب متفاضلاً[11](حدثنا بذلك عنه الربيع) .

(**وقال مالك والشافعي**) : لا بأس ان يراطل[12] الدنانير الهاشمية[13] القائمة بالعتق الناقصة مثلا بمثل في الوزن ، وإن كان لهذه فضل وزنها[14]فلهذه فضل عيونها[15]إذا كانت وزناً بوزن .

---

(١) ام : بيعا معا .

(٢) ن : صاعي تمر من هذا .

(٣) ن : وصاعا .

(٤) ام : فالبردي بخمسة أسداس الأثني عشر ، والعجوة بسدس الأثني عشر ، وهكذا الخ .

(٥) ام : لون .

(٦) ام : اللون .

(٧) قوله : بسدس : إلى : والعجوة : سقط في النسخة .

(٨) ن : وهكذا بذهب .

(٩) لم : كان : ن : كل .

(١٠) ام : وهذا .

(١١) ام : لأن المعنى الذي في هذا في الذهب بالذهب متفاضلاً ، ولا بأس الخ .

(١٢) ام : الدينار .

(١٣) ام : التامة .

(١٤) ام : وهذه .

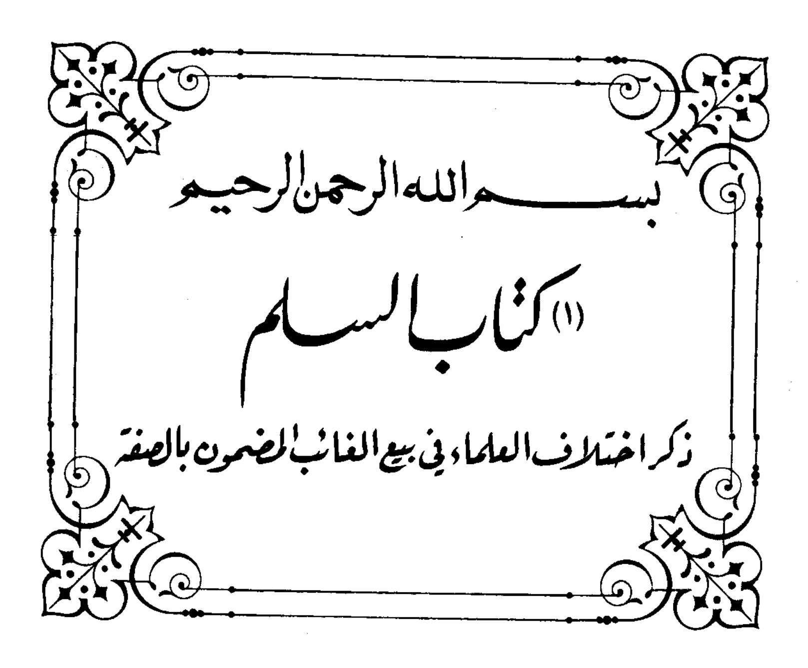
(١٥) فلا بأس بذلك إذا كانت وزنا بوزن ومن كانت الخ .

ومن كانت له على رجل ذهب بـوزن فلا بـأس أن يأخـذ[1] وزنها أكثر عددا منها (في قولهم كلهم) .

تم كتاب الصرف والحمد لله وصلى الله على محمد وآله وسلم كثيرا .

(١) ام : بوزنها .





قال مالك والاوزاعي والثوري والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه وابو ثور لا بأس بشراء[٢] الموصوف المضمون على بائعه فيما سنذكره في كتابنا هذا في أماكنه إن شاء الله وهو السلم .

وقال سعيد بن المسيَّب : لا يجوز السلم في شيء من الأشياء (أخبرني بذلك يونس بن عبد الأعلى قال : أخبرنا يحيى بن عبد الله بن بُكير عن الليث ابن سعد عن يحيى بن سعيد قال) : كان الناس يخالفون سعيد بن المسيب في عشر خصال قد عرفوه (كان يقول): لا يُسلَف في شيء من الأشياء ثم ذكر الخصال[٣] العشر . وقد رُوي عن سعيد خلاف هذا القول . . (حدثنا محمد ابن بشار قال : حدثنا أبو عامر عن[٤] سفيان عن علقمة بن مرثد ، عن

---

(١) على الهامش .

(٢) قوله : الموصوف : كتب على الهامش .

(٣) ن : العشرة .

(٤) لعله الثوري .

رُزين[١] الأحمري عن سعيد بن المسيب) (قال) : في السلف في الثياب والحنطة[٢] بذرع معلوم وكيل معلوم ليس به بأس .

(وعلة مجوزي السلم) (ما حدثنا به سفيان بن وكيع قال : حدثنا ابن علية ، وحدثنا ابو كُريب قال : حدثنا وكيع عن[٣] سفيان واللفظ لسفيان جميعا عن ابن أبي نجيح عن عبد الله بن كثير ، عن أبي المنهال ، عن ابن عباس قال) : قدم (النبي ﷺ) المدينة وهم يسلفون في[٤] الثمر العام والعامين والثلاثة (فقال) : من أسلم[٤] ثمراً فليسلم في كيل معلوم إلى أجل معلوم .
(حدثني أبو عيسى موسى بن عبد الرحمن المسروقي قال : حدثنا حسين بن علي الجعفي عن زائدة قال : حدثنا أبو اسحق الشيباني عن[٥] محمد بن أبي المجالد قال) : أرسلني أبو بردة الأشعري وعبد الله[٦] بن شداد إلى عبد الله بن أبي أوفى فقالا : سله هل كان أصحاب (رسول الله ﷺ) على عهد (رسول الله عليه السلم) يسلفون في الحنطة والشعير والزبيب فقال عبد الله : كنا نسلم إلى نبط الشام في الحنطة والشعير والزبيب إلى أجل معلوم ، فقلت : فمن كان له زرع ؟ قال : لم نسألهم عن ذلك ، قال : ثم أرسلاني إلى عبد الرحمن بن ابزى فسألته عن مثل ذلك فرد مثل رده ، فقال : إن كان أصحاب (رسول الله صلى الله عليه) يسلفون في كيل معلوم إلى أجل معلوم ولم نكن نسألهم ألهم حرث أم لا .
(وعلة من ذهب مذهب سعيد بن المسيب) : (ما حدثنا به حُميد بن مسعدة السامي قال : حدثنا يزيد بن زُريع ، عن أيوب ، عن عمرو بن

---

(١) الأحمر .
(٢) ن : ذرع .
(٣) لعله : الثوري ـ بفرقه
(٤) وفي بعض روايات هذا الحديث بالمثناة .
(٥) يختلف في اسمه : قيل إسمه محمد كما ها هنا ، وقيل : بل اسمه عبد الله .
(٦) ن : وعبد الله إلى الخ : كأنه يعني عبد الله بن أبي بردة وإنما هو عبد الله بن شداد بن الهاد كما في سائر الروايات . . .

شعيب ، عن أبيه عن جده عن (رسول الله صلى الله عليه وسلم) انه قال : لا يحل بيع ما ليس عندك .

قال أبو جعفر : وهذا محتمل أن يكون نهيا عن بيع ما ليس عنده من الأعيان التي ليست مضمونة عليه ، وليس يستحيل أن ينهى عن بيع ما ليس عنده مما لم يكن مضموناً عليه ، ويجيز ما كان مضموناً عليه بصفة ، وإذا كان ذلك جائزا كان المفسر مبيناً عن المجمل[1] .

واختلف مجيزو السلم في أشياء نحن ذاكروها في مواضعها إن شاء الله .

ذكر اختلاف مجوزي السلم في فروعه

أجمع مجوزو السلم جميعاً : انه لا يجوز السلم إلا في موصوف معلوم بالصفة .

واختلفوا في الثمن هل يجوز أن يكون مجهولاً ؟

ففي قول مالك : إنه لا يجوز الثمن أن يكون إلا معلوماً (حدثنا بذلك يونس عن ابن وهب عنه) .

(وهو **قول الثوري**) : (حدثنا بذلك علي عن زيد عنه) .

(وهو **قول الشافعي**) ، (حدثنا بذلك عنه الربيع)،(وأبي حنيفة وأبي ثور) .

(وعلتهم) في ذلك أن للمشتري أخذ ما أعطى البائع إن حل حقه ، ولم يصب عنده ما اشترى منه ، فإذا كان مجهولاً لم يدر بما يرجع .

---

(١) وهذا شبيه بما قاله الإمام الشافعي في رسالته في صفحة ٨٢ من طبعة ١٣١٠ وفي ص ٩١ من طبعة ١٣١٢ .

وقال **أبو يوسف** : السلم جائز ، وإن كان الثمن مجهولاً .

(وعلته) أن المسلمين قد أجمعوا على بيع الأعيان بالأثمان المجهولة مثل صبرة من طعام بصبرة من تمر ، وهما مجهولا الكيل والوزن ، فكذلك الثمن إذا كان مجهولاً في السلم فجائز إذا كان المشترى المسلم فيه معلوماً .

وإنما خالف السلم بيع الأعيان في أن أحدهما دين والآخر عين ، ويفسد عليه هذه العلة إجماعهم على أنه لا يجوز بيع العين بالثمن المجهول إلى أجل ، فكذلك الثمن إذا كان مجهولاً في المشترى إلى أجل ، لأن كل واحد من العرضين ثمن الآخر .

واختلفوا في السلم الى الأجل المجهول وفي الشيّ حالاً

فقال **مالك** : وسئل عن السلف في الثياب والدواب إلى يومين ، وثلاثة ؟ (فقال) : هذا جائز وغيره أحسن منه أن يسلَف في الشيء البعيد ، وينتفع البائع بما أخذه من الثمن (أخبرني يونس عن ابن وهب عنه) . (وأخبرني عنه عن **مالك**) في موضع آخر انه (قال) في الذي يسلف في الثياب إلى يومين ، أو ثلاثة (فقال) : ما هكذا يكون السلف إلى يومين ، أو ثلاثة ألا تسمع ما قال الله عز وجل :[2] ﴿ إِذَا تَدَايَنْتُم بِدَين إلى أَجَلٍ مُسَمًّى ﴾ فهذا أجل مسمى فلم نر اليومين والثلاثة من الأسلاف إلى الآجال . .

وسئل عن رجل سلف رجلاً ذهبا في طعام مضمون الى عشرة أيام ؟ (فقال) : ما أرى بأساً .

وقال **الأوزاعي** : إن أنت سميت أجلاً دون الثلاثة أيام فهو بيع النقد ،

---

(١) أي وكذلك : وقد يحتمل أن يكون صوابه : وفي السلم .

(٢) ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تَدَايَنْتم بدينٍ إلى أجَلٍ مُسمى ﴾ الآية ٢٨٢ البقرة .

وليس بسلف ، وإن أنت سميت فيه أجلاً ثلاثة فهو بيع السلف يُصلحه ما يصلح السلف ويُفسده ما يفسد السلف (حدثت بذلك عن الوليد عنه) .

وقال الثوري : السلف أن تسلف دنانيرك ودراهمك في كيل معلوم إلى أجل معلوم (حدثني بذلك علي عن زيد عنه) .

[1]**وقال الشافعي** :[2] أحب إليّ ألاّ يسلف[3] جزافاً من ذهب ، ولا فضة ولا طعام ، ولا ثياب ولا شيء ولا يسلف[4] شيء حتى يكون موصوفاً فإن كان دينارا[5] فبسكته وجودته ووزنه ، وإن كان درهماً فكذلك[6] وبانه وَضَحٌ أو أسود أو ما يعرف به[7]، وكذلك الاثمان كلها لا تجزي في رأيي إلا أن تكون موصوفة كلها[8] . [9]وإذا أجاز (رسول الله صلى الله عليه وسلم) بيع الطعام بصفة إلى أجل كان ، والله أعلم بيع الطعام بصفة حالاً[10] أجوز ، لأنه ليس في البيع[11] بصفة معنى إلا أن يكون[12] مضموناً على صاحبه فإذا ضُمّن[13] مؤخراً

---

(١) ام : باب الأجال في الصرف .

(٢) ام : قال : وأحب .

(٣) ام : جزاف .

(٤) ن : سيا .

(٥) ام : فسكته .

(٦) ام مد : وزآنه .

(٧) الى : كلها : مختصر قول الإمام في الأم .

(٨) مزني : مختصر البيوع : باب السلف والرهن والنهي عن بيع ما ليس عندك : قال المزني : والذي اختار الشافعي أن لا يسلف جزافاً من ثياب ولا غيرها ، ولو كان درهماً حتى يصفه بوزنه وسكته وبأنه وضح أو أسود كما يصف ما أسلم فيه .

(٩) ام : باب السلف : قال الشافعي : فإذا أجاز .

(١٠) ام مد : اجاز .

(١١) ام : البيع معنى .

(١٢) ام : بصفة مضموناً .

(١٣) ن : موخراً معجلاً .

ضمن معجلاً [١] والأعجل [٢] منه أخرج من معنى الغرر [٣] .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا يجوز السلم إلا أن يكون إلى أجل معلوم ، وإن قل ذلك فإن كان حالا فباطل .

واختلفوا فيه إذا لم يبين المكان الذي يقضى فيه

فقال الأوزاعي : وسئل فقيل له : رجل أسلف في طعام موصوف وكيل مسمى ، وأجل مسمى ، ولم يذكر أن يوفيه بمكان كذا ؟ (قال) : هو مكروه. (حدثت بذلك عن الوليد عنه) . [٤] قلت : فيفسد السلف[٥] إذا اشترطه عليه بمكان كذا ؟ (قال) : لا ، ولكن يقول : أسلفك على كذا توفيني إياه بدمشق **قلت له** : أو قيل : ولم لا تجعله إذا لم يسميا مكاناً أن[٦] يجعله في مكانها الذي أسلف إليه فيه ؟ (قال) : لا يجوز ، أرأيت لو أسلفت إليه وأنتما في البحر ، أو جزيرة في البحر كان يعطيه ثم .

وقال الثوري : إذا اسلفت في طعام فسم المكان الذي يدفعه[٧] اليك فيه (حدثني بذلك علي عن زيد عنه) .

(وقال الشافعي) :[٨] أحب اليّ أن يشترط الموضع الذي[٩] يعطيه فيه

---

(١) ام ق : وكان معجلا أعجل منه مؤخرا : ام مد : وكان أعجل منه مؤخراً

(٢) ام ق : والأعجل أخرج : ام مد : والأعجل : أحرج .

(٣) أم : وهو مجامع له في أنه مضمون على بائعه بصفة .

(٤) أي الوليد .

(٥) لعل صوابه : إلا إذا اشترطه .

(٦) ن : يجعله .

(٧) ن : إليه

(٨) ام : باب ما يجوز من السلف : قال الشافعي : واحب أن .

(٩) ام : يقضيه .

([1]حدثنا بذلك عنه الربيع) .

وقال أبو يوسف وأبو ثور : إن كان شرط له مكاناً يوفيه فيه فهو على ما اشترطا عليه ، وإن لم يشترطا مكانا دفعه إليه في منزله ، أو سوقه ، ولا يكلّف حمله إذا كانت عليه فيه مؤونة ، وذلك أنه لا يلزمه إلا ما شرط عليه ولا يفسد البيع إذا لم يسم موضعاً يدفعه اليه .

وقال أبو حنيفة ومحمد : إن[2] بين المكان فعليه أن يوفيه في المكان الذي بينه فيه وإن لم يبين كان عليه أن يدفعه إليه حيث لقيه حريزاً كان الموضع أو غير حريز .

وأجمعوا جميعاً : انه لا يجوز السلم حتى يستوفي المسلم إليه ثمن المسلم فيه في مجلسهما الذي تبايعا فيه .

واختلفوا فيه إذا أصيب في الثمن شيء رديء بعد التفرق

فقياس قول مالك : إن البيع منتقض .

وقال الاوزاعي :

وقيل له : أسلفت في طعام رجلا فنقدته الدنانير فوجد فيها ديناراً مكروها إلى ان أبدله له (قال) نعم (حدثت بذلك عن الوليد عنه) .[3] قلت : فإنه أخر ذلك فلم يأت به ؟ (قال) : ان أخره يومه ذلك ، وفيما دون الثلاثة الأيام ، ثم أتاك به فيما دون الثلاثة الأيام فابدله له وإن أخره إلى الثلاثة أيام فأكثر من ذلك مضى سلفك ، وفسد سلف الدينار وحده . [1] قلت : فإنه جاءني ، فقلت : ما عندي بدله اليوم غداً أبدله لك ، (قال) : إن ضربت له أجلا

---

(١) ن : حدثني بذلك علي عن زيد عنه .

(٢) ن : لم يبين .

(٣) اي الوليد .

بعد ذلك فيه أكثر من ثلاثة أيام فسد سلفك[1] ولك الـدينار ومضى سلفـك بسائر الدنانير .

وقـال الثوري : إذا أسلفت دراهم في حنـطة ، أو شعير ، وكـان فيها زيوف انتقض من السلف بقدر ذلـك (حدثني بـذلك عـلي عن زيد عنـه) .
(وقال) : إذا أسلفت في ثوب ، أو ثوبين ، أو أقل من ذلك ، أو اكثر فوجد فيها زيوقاً[2] انتقض السلف كله ليس بمنزلة الطعـام الذي يكـون فيه الكيـل والسلف الذي يكون فيه الوزن .

وقال الشافعي : مثـل قول **مالك** [3] . (وعلتـه) أن (النبي صلى الله عليه وسلم) نهى عن الكالئ بالكالئ وهو شراء الدين بالدين ، ولا يجوز أن ينتقض في بعض ويجوز في بعض ، لأن الصفقة وقعت على المشترى كله ، فـلا يجوز أن تبطل في بعض وتجوز في بعض .

وقال أبو يـوسف وأبو ثـور : إذا كان في الثمن شيء رديء كـان عليه إبداله ، ولا يبطل السلم . (وعلّتهما) أنه لو حلف انه قد أوفاه الثمن كان بارّا إذا لم يعلم ، فكان السلم جائزاً لدفعه الثمن كله عند نفسه .

وقـال أبو حنيفـة ومحمـد : ببـطل من السلم بقـدر الـذي كـان فيـه . (وعلتهـما) أن الرديء ليس بثمن ، والسلم لا يكـون إلا بقبض الثمن قبـل

---

(١) لعل صوابه : ذلك

(٢) زيق القميص : ما أحاط بالعتق .

(٣) أم : باب ما جاء في الصرف : قال الشافعي : وإذا صرف الرجل من الرجل ديناراً بعشرة دراهم أو دنانير بدراهم فوجد فيها درهماً زائفاً ، فإن كان زاف من قبل السكة ، أو صبح الفضة فلا بأس على المشتري أن يقبله ، وله رده ، فإن رده رد البيع كله لأنها بيعة واحدة ، وإن شرط عليه أن له رده ، فالبيع جائز ، وذلك له شرطه ، أو لم يشرطه ، وإن شرط أنه لا يرد الصرف فالبيع باطل ، إذا عقد على هذا عقدة البيع ، قال : وإن كان زاف من قبل أنه نحاس أو شيء غير فضة ، فلا يكون للمشتري أن يقبله من أنه غير ما اشترى ، والبيع منتقض بينهما .

التفرق، فما قبض قبل التفرق فالسلم فيه جائز ،وما لم يقبض ثمنه فلا يقع فيه لأنه في معنى الدين بالدين .

واختلفوا فيمن أسلم في صنفين من الأشياء ولم يبين كل واحد منهما أو في صنف واحد إلى أجلين مختلفين بثمن

فقال مالك : **وسئل عن** : رجل اشترى من رجل رُطباً بأربعين ديناراً على أن يأخذ منه في كل جمعة ما يجد في حائطه من رطب بدينارين ، أو ثلاثة أو كان مما يطيب[1] وهو يبلغ في الجفان (فقال) : هذا بيع لا خير فيه لأن ذلك ليس له أجل ، ولا أمر يُعرف به ما يأخذ ، وإنما يجوز من ذلك أن يكون الشيء المعروف يأخذه ، وكذلك اللحم وغيره مما يباع في الأسواق ، وقد كان من مضى يتبايعون اللحم إلى العطاء والسمن[2] والثياب وغير ذلك ويسمون ما يأخذون في كل يوم ، فإذا كان البيع على هذا فلا بأس ، فأما ما كان على غير هذا مما يُشترى فلا خير فيه (أخبرني بذلك يونس عن ابن وهب عنه) . (**وقياس** هذا القول) : أن يجوز السلم في صنفين من غير أن يبين ثمن كل واحد منهما .

وقال الأوزاعي : وقيل له : ان سلفت دنانير مسماة ديناراً منها في كذا وديناراً منها في كذا بيعة واحدة وصفقة واحدة إلى أجل واحد (قال) : لا بأس بذلك (حدثت بذلك عن الوليد عنه) . [3]**قلت** : فإن مما سلفت إليه منه[4]شيئاً يصلح السلف فيه ،ومنه ما لا يصلح السلف (قال): يمضي الحلال ويسقط السلف في الحرام . [3]**قال** : **وسمعته** (يقول) : ولكن لو دفعت إليه دنانير في سلع مختلفة ولم تسم لكل سلعة ثمناً مسمى ، ثم وجدت منها ما

---

(١) قوله : وهو يبلغ : لعله من كلام ابن وهب ، أو الطبري .

(٢) ن : والياب .

(٣) أي الوليد .

(٤) كان في النسخة : سيا : أولاً ثم أبدل : سي .

يصلح ، ومنها ما لا يصلح فسد السلف كله .

(وقال الثوري) : لا تسلفن خمسين درهماً [1] وعشرين درهماً في شعير وحنطة إلا أن تفرق الدراهم في الحنطة كذا وكذا درهماً ، وفي الشعير كذا وكذا درهماً من غير أن تكون الدراهم مخلوطة ، ولا تسلفن دنانير ودراهم جميعاً في حنطة ولا شعير ، ولا في شيء من الأشياء إلا أن تسمى الدنانير في شيء والدراهم في شيء (حدثني بذلك علي بن زيد عنه) .

(قال) : واذا كان لك على رجل خمسة دراهم فأعطاك عشرة دراهم ، وقال : خمسة منها قضاء وخمسة منها في كذا وكذا من السلف ، فإنه مكروه إلا أن يميز هذه من هذه ، وإنما كُره ذلك في الدنانير والدراهم جميعاً لأنه لو كان منها زائف ، أو استُحق شيء منها لم يُدر فيما كان ، وفي أي شيء أُسلف ، وهذه الدراهم أيضاً لا يدرى أيها كانت قضاء ، وأيها كانت سلفاً إذا كان منها زائف .

وقال الشافعي : [2] لا يجوز [3] السلم في شيئين مختلفين ، ولا أكثر حتى يسمي [4] رأس مال كل واحد من ذلك الصنف وأجله [5] ، ولا [6] يجوز أن

---

(١) لعل صوابه : أو عشرين .

(٢) ام : باب الآجال في الصرف .

(٣) ام مد : قال : ولا يجوز في هذا القول أن تسلف أبداً في شيئين مختلفين الخ : وكذلك أم ق الا : بسلف .

(٤) ام مد : إلا إذا سميت : ام ق : الأسميت .

(٥) ام ق : وأجله متى يكون صفقة جمعت بيوعاً مختلفة قال : فإن فعل فأسلف مائة دينار في مائتي صاع حنطة منها مائة بستين ديناراً الى كذا ، وأربعون في مائة صاع تحل في شهر كذا ، جاز لأن هذه وإن كانت صفقة فإنها وقعت على معنيين معلومتين بثمنين معلومين ، قال الشافعي : وهذا مخالف لبيوع الأعيان في هذا الموضع ، ولو ابتاع رجل من رجل بمائة دينار الخ : انظر ٥ في ص ٧٨ : وكذلك أم مد إلا : منها مائة بستين دينار : معنيين معلومين .

(٦) ام ق : قال الشافعي : ولو سلف : ام مد : ولو سلف .

يسلف[1] مائة دينار في مائتي صاع حنطة مائة[2] منها إلى شهر كذا ومائة إلى شهر مسمى يعده[3] من قبل[4] أنه لم يسم[5] ثمن كل واحد منها على حدته وأنها إذا أقيما[6]. كان مائة صاع أقرب أجلاً من مائة صاع أبعد أجلاً[7] منها أكثر في القيمة[8] فانعقدت على مائتي صاع ليست تُعرف حصة كل واحد منهما من[9] الثمن[10]، ومثله أن يسلم في مائة صاع حنطة، ومائة صاع جلجلان فإن بيّن[11] ثمن كل واحد منها، وثمن العاجل والآجل جاز[12]، وكذلك لو أسلم في ثوبين قُوهي ومروي، أو قوهيين، أو مرويين لم يجز حتى يبين ثمن كل واحد منها لأنها لا يستويان كاستواء الصنف الواحد من التمر والحنطة ومثل

---

(١) ام : مائتي .

(٢) ام مد : منها .

(٣) ام : لم يجز في هذا القول من قبل .

(٤) ام ق : ان .

(٥) ام : كل واحد منها من الثمن على حدته الخ .

(٦) ام : كانت .

(٧) ام مد : منها .

(٨) ام : وانعقدت الصفقة على .

(٩) ام : الثمن قال الشافعي : وقد أجازه غيرنا وهو يدخل عليه ما وصفنا وأنه إن جعل كل واحد منها بقيمة يوم يتبايعان قوّمه قبل أن يجب على بائعه دفعه، وإنما يقوّم ما وجب دفعه، وهذا لم يجب دفعه، فقد انعقدت الصفقة وهو غير معلوم قال : ولا يجوز الخ : انظر ٢ في ص ٧٧

(١٠) ام مد: ولو ابتاع رجل من رجل بمائة دينار مائة صاع حنطة ومائة صاع تمر ومائة صاع جلجلان ،ومائة صاع بلسن جاز، وإن لم يسم لكل صنف منه ثمنه، وكان كل صنف منه بقيمة من المائة، ولا يجوز أن يسلف في كيل ويأخذ بالكيل وزناً، ولا وزن فيأخذ بالوزن كيلاً لأنك تأخذ ما ليس بحقك إما أنقص منه ،وإما أزيد لاختلاف الكيل والوزن عند ما يدخل في المكيال وثقله، فمعنى الكيل مخالف في هذا المعنى الوزن، قال الشافعي : وهكذا الخ انظر ٧ : وكذلك ام ق الا : فيأخذ بالكيل وزنا : لا بل تأخذ ما ليس : يدخل عند المكيال

(١١) ن : من .

(١٢) ام : قال الشافعي :وهكذا ان أسلم إليه في ثوبين أحدهما قوهي والآخر مروي موصوفين، لم يجز السلف في واحد منها حتى يسمي رأس مال كل واحد منها، وكذلك ثوبين مرويين لأنها لا يستويان هذا كالحنطة صنفاً، ولا كالتمر صنفا لأن هذا لا يتباين، وإن بعضه مثل بعض، ولكن لو أسلم في حنطتين الخ .

السلم في ثوبين السلم في حنطتين سمراء ومحمولة مكيلتين[1] لا يجوز حتى يسمى رأس مال كل واحد منهما[2] لتباينهما (حدثنا بذلك عنه الربيع) .

وقال أبو حنيفة ومحمد وأبو ثور : مثل قول الشافعي . (وقال أبو يوسف) : لا بأس بالسلم في ثوبين وجنسين وإلى أجلين صفقة واحدة من غير أن يبين . (وعن أبي حنيفة أنه قال) : لو أسلم مائة درهم في كر حنطة وكر شعير لم يجز حتى يسمى رأس مال كل كر من الدراهم . ولو أسلم ثوباً في أكرار حنطة وشعير جاز ، وإن لم يسم رأس مال كل واحد منهما على حساب قيمة ذلك (حكاه إبن عُليّة عنه) .

وإذا أسلم الرجل إلى الرجل في طعام ، فحل الأجل فلم يصب عند البائع حقه فله إنظاره إلى وقت وجوده وفسخ البيع (في قولهم جميعاً) .

ثم واختلفوا في ذلك إن أصاب بعضا ولم يصب بعضاً

فقال مالك : إن لم يجد المشتري عند البائع إلا بعض ما سلفه فيه فأراد أن يستوفي ما وجد بسعره وبقيله مما لم يجد عنده ويأخذ منه بحساب ذلك من الثمن الذي دُفع إليه ، فإن ذلك مما لا يصلح ، وهو مما نهى عنه أهل العلم ، وهو يشبه ما نهى عنه من البيع والسلف[3] (حدثني بذلك يونس عن ابن وهب عنه) .

(واخبرني يونس عن ابن وهب قال) : **سئل مالك** عن : الرجل يسلف[4] صاحب المائدة الدينار في رطب ، أو عنب يأخذ منه كل يوم شيئاً

---

(١) ام : لم يجز .
(٢) أم ق : لأنهما يتباينان : أم مد : يتباينان .
(٣) انظر في الموطأ : السلفة في الطعام .
(٤) أي صاحب الطعام .

مسمى[1] فينفد ذلك قبل أن يستوفي ما أسلف فيه ؟ (فقال) : ما أرى بأساً أن يأخذ ما بقي من ديناره ورقاً ، أو غيره وذلك كله مجتمع في مكان واحد .

وقال الأوزاعي : لا بأس أن تؤخره بسلفك الى أن يوسر ، أو تأخذ منه ما وجدت وتؤخره بما بقي (حدثت بذلك عن الوليد عنه) . (وقال) : لا تبع بسلفك قبل أن تقبضه[2] **قلت له** : فإن قال : لا أجد لك طعاماً ، ولكن يعني طعاماً بنسيئة ، فإذا قبضته قضيتك طعاماً واشتريته منك ، (فقال) : حدثني يحيى بن أبي كثير ، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن أنه كره ذلك .
قلت : فإنه قال : لا أجد لك طعاماً ، ولكن خذ مني دراهم فاشتر بها طعاماً فاستوف طعامك ورُدَّ عليّ [3]الفضل (فحدثني) عن يحيى بن أبي كثير أنه كره ذلك .

وقال الثوري : إذا أسلفت فحل ما أسلفت فيه فأردت أن تأخذ بعض سلفك وبعض رأس مالك فأرجو أن لا يكون به بأس ، وأن تأخذ الذي أسلفت فيه أحبّ إليّ (حدثني بذلك علي عن زيد عنه) . (وقال) : إذا أردت الرفق به فليبع بدراهمه ما بلغت واترك له فضله .

وقال الشافعي[4] : من سلف ذهباً في طعام موصوف فحل السلف .

فإنما له طعام في ذمة بائعه فإن شاء أخَذَه به كله حتى يوفيه إياه ، وإن شاء تَركه كما يترك سائر حقوقه إذا شاء ، وإن شاء أخَذَ بعضه وأنظره ببعض ، وإن شاء أقاله من كله ، وإذا كان له أن يقيله من كله إذا اجتمعا على الإقالة

---

(١) ن : فينفذ

(٢) اي الوليد : ن : قله .

(٣) ن : الفضا .

(٤) ام : باب السلف يحل فيأخذ بعض ماله وبعض سلفه . ام ق : قال الشافعي : من الخ .

كان له إذا اجتمعا أن يقيله من بعضه ، فيكون ما أقاله منه كما لم يتبايعا فيه ، وما لم يقله منه(1) كان كما كان لازماً له(2) بصفته فإن شاء أخَذَه ، وإن شاء تركه(3) . وإذا أقاله منه ، أو من بعضه فالإقالة ليست ببيع إنما هي(4) نقض بيع(5) تراضيا(6) بنقض العقدة الأولى التي وجبت لكل واحد منهما على صاحبه (حدثنا بذلك عنه الربيع) .

(7)(وقال) : إذا(8) أسلف في مائة مد من رطب(9) فاخذ خمسين ، ثم نفد الرطب ، فإن شاء أخر ذلك إلى رطب قابل ، ثم أخذ بيعه(10) مثل صفة رطبه .(11) وقد قيل(12) : إن أسلفه مائة درهم في عشرة آصع من رطب فأخذ خمسة أصع ، ثم نفد الرطب ، كانت له الخمسة(13) بالخمسين لأنها حصتها من الثمن(14) وينفسخ البيع فيما بقي من الرطب(15) ويرد إليه خمسين وهذا مذهب(16) .

---

(1) ام مد : منه كما كان لازماً .

(2) ام ق : لصفته .

(3) وزاد في الأم بضعة أسطر .

(4) ن : بعض : ام ق نقص . . .

(5) قوله : بيع تراضيا بنقض : سقط في أم مد .

(6) ن : بعض العقد الأول .

(7) ن : أسلفت .

(8) ن : فأخذت .

(9) أم مد : إذا سلف رجل رجلاً في رطب أو عنب ، أو أجل يطيبا له فهو جائز ، فإن نفد الرطب ، أو العنب حتى لا يبقى منه شيء بالبلد الذي سلفه فيه ، فقد قيل : المسلف بالخيار فإن شاء رجع بما بقي من سلفه كان سلف مائة درهم في مائة مد فأخذ خمسين ، فيرجع بخمسين ، وإن شاء أخر ذلك الخ : وكذلك أم ق الا : قال الشافعي : إذا سلف : أوعنب إلى أجل يطيبان له : كانه سلف مائة درهم : فرجع بخمسين .

(10) ام : بمثل .

(11) ام : وكيله ، وكذلك العنب ، وكل فاكهة رطبة تنفد في وقت من الأوقات ، وهذا وجه قال : وقد قيل .

(12) ن : قيل : له الخمس بالخمسين لأنها الخ . . .

(13) ام : الآصع بخمسين درهماً لأنها الخ .

(14) ام : فانفسخ .

(15) ام : فرد إليه خمسين درهما قال الشافعي : وهذا مذهب والله أعلم : إلا أن قوله : خمسين درهماً : سقط في أم مد .

(16) مزني : تفريق الصفقة وجمعها : وقال إن أسلف في رطب فنفد رجع بحصة ما بقي ، وإن شاء آخر إلى قابل .

وقال أبو حنيفة وأصحابه وابو ثور : إن مطله حتى ذهب فصاحب السلم بالخيار بين أخذ رأس ماله وتركه حتى يوجد فيأخذه .

واذا أسلم الرجل في جنس من الطعام فحل فلم يصب عند البائع [١]ووُجد عنده غيره كأنه أسلم إليه في حنطة فلم تصب حنطة وأصيب عنده شعير ، فلا يجوز أن يأخذ منه بما عليه من الحنطة شعيراً ، إلا أن يفاسخه البيع الأول حتى يصير ما له عنده ذهبا ، أو ورقاً ، وما كان دفع إليه ، ثم يشتري منه به ما شاء ويقبضه مكانه ان لم يكن قبض المال ، فإن قبض الثمن الذي كان دفع إليه فله أن يشتري منه به ما شاء عاجلاً وآجلا (في قول الشافعي وأبي حنيفة وأصحابه وأبي ثور) .

(وقال مالك) : لا بأس أن يأخذ منه به شعيراً .

واختلفوا فيه اذا أسلم اليه في جنس فحل عليه فقضاه أجود مما أسلم اليه من جنسه أو أردأ

[٢]**فقال مالك** : من[٣] أسلم في حنطة شامية فلا بأس أن يأخذ محموله بعد محل الأجل[٤] (قال)[٥] :وتفسير ذلك أن يسلف الرجل في حنطة محمولة فلا بأس أن يأخذ شعيرا أو شامية[٦] ، وإن سلف في[٧] عجوة من التمر فلا

---

(١) ن : ووجده عند غيره .

(٢) إلى : بمكيلة واحدة : م : السلفة في الطعام .

(٣) م : سلف : وفي طبع مصر : سلفه .

(٤) م : وكذلك من سلف في صنف من الأصناف فلا بأس أن يأخذ خيراً مما سلف فيه ، أو أدنى بعد محل الأجل : إلا أن قوله : محل : ليس في طبع تونس ، وشرح الزرقاني .

(٥) زرقاني : وتفسير : طبع مصر : قال مالك : وتفسير .

(٦) طبع تونس : فإن .

(٧) م : تمر عجوة فلا الخ .

بأس أن[1] يأخذه صيحانيا ، أو جمعا ، وإن أسلف في زبيب أحمر فلا بأس أن يأخذ أسود إذا كان ذلك كله بعد محل الأجل[2] ، وكان بمكيلة واحدة .

(وقال) : إن أراد الذي عليه الطعام أن يعطي صاحبه شروى الطعام الذي واصفه عليه قبل محل الأجل كان ذلك لا يصلح لأن ذلك بيع الطعام قبل أن يُستوفى (حدثنا بذلك يونس عن ابن وهب عنه) .[3] الشروى كل شيء مثله.

وقال **الأوزاعي** : وسئل عن السلف في الزنبق كيلا واجلاً (قال) : لا بأس بذلك . قيل : فإنه أعسر به أآخذ منه دهن حناء (قال) : لا بأس بذلك ، لأن الحناء دون الزنبق (حدثت بذلك عن الوليد عنه) . [4]قال : وسألته قلت : أسلفت إلى أجل في طعام فأعسر به ، أو قال : عندي دقيق ، (قال) : لا بأس أن تأخذه منه لأنه منه وهو دون حقك .

(قال) : إذا أسلفت في ثوب مسمى وذكرت طوله وعرضه ودقته وجنسه ، فجاء به دون ذلك فحسن أن تقبله ، ولك أن لا تقبله والثوب للحائك وعليه شراؤه ، وعلى صاحب الثوب أجر مثله ، فإن جاء به أطول أو أعرض من شرطه كرهتُ أخذه لأنه فوق حقه .

وقال **الثوري** : إذا اسلفت في شيء فلا تأخذ شيئاً غير الذي أسلفت فيه أو رأس مالك ولا تأخذ به عرضاً (حدثني بذلك علي عن زيد عنه) .

[5]وقال **الشافعي** :[6] لو أن رجلاً أسلف رجلاً ذهباً في طعام . وصوف حنطة ، أو زبيب ، أو تمر ، أو شعير ، أو غيره ، فكان أسلفه في صنف من

---

(١) م : يأخذ .

(٢) م : إذا كانت مكيلة ذلك سواء بمثل كيل ما سلف فيه . . .

(٣) لعله من كلام الطبري .

(٤) أي لوليد .

(٥) ام : باب اختلاف المتبايعين بالسلف إذا راه .

(٦) ام : قال الشافعي : لو أن رجلاً سلف الخ .

التمر رديء فأتاه بخير من الرديء ، أو جيد ، فأتاه بخير مما يلزمه اسم الجيد بعد ألّا يخرج من جنس ما[١] اسلفه فيه إن كان عجوة أو صيحانياً أو غيـره لزم[٢] المسلف أن[٣] يأخذه لأن الرديء لا يغني [٤]غناءً الا اغناه الجيد وكان فيه فضل عنه وكذلك اذا الزمناه ادنى ما يقع عليه اسم الجودة[٥] فأعـطى بها اعـلى منها فالأعلى يغني اكثر من غناء الاسفل فقد[٦] اعطاه خيراً مما لزمه[٧] ولم يخرج له مما[٨] يلزم اسم الجيد فيكون اخرجه من شرطه الى غير شرطه[٩] فان فارق[١٠] الجنس أو الأسم لم يجبر عليه وكان مخيَّراً[١١] في قبضه وتركه . وهكذا القول في كل صنف من الزبيب والـطعام المعـروف كيله .[١٢] وبيان هـذا القول[١٣] ان لو[١٤] سلفه في عجوة فاعطاه برديا وهو خير منها اضعافاً لم اجبره على اخذه لأنه غير الجنس الذي[١٥] سلفـه فيه قـد يريـد العجوة لامـر لا يصلح له البـردى وهكـذا الطعام[١٦] كله اذا اختلفت اجناسه لأن هذا[١٧] اعطاه غير شرطه ولو

---

(١) ام : سلفه .
(٢) ن : السلف .
(٣) ام ق : يأخذ .
(٤) ام مد : غناه الا إذا اغناه .
(٥) ام : فاعطاه اعلى .
(٦) ام : اعطى .
(٧) ام ق : ولا يخرج .
(٨) ام : يلزمه .
(٩) ام مد : فإذا .
(١٠) ام : الأسم او الجنس .
(١١) ام : في تركه وقبضه قال الشافعي وهكذا الخ .
(١٢) ام : قال وبيان الخ .
(١٣) ام مد : انه .
(١٤) ام : أسلفه .
(١٥) ام مد : أسلفه .
(١٦) ام ق : الطعام إذا .
(١٧) قوله : أعطاه : هكذا في ن وام ولعل صوابه : اعطاؤه .

كان خيراً منه . [1] وهكذا ما تباين لونه من حيوان وغيره [2] اذا كان احد اللونين يصلح لما لا يصلح له الآخر لم يلزم المشتري الا ما يلزمه [3]اسم الصفة وذلك مثل العسل الأبيض والاحمر والفضة والذهب فاما ما لا تبايُن فيه بالالوان مما[4] لا يصلح له المشترى فلا يكون احدهما اغنى فيه من الآخر ولا اكثر ثمنا وانما يفترقان لاسمه فلا انظر فيه الى الالوان (حدثنا بذلك عنه الربيع) .

(وقال ابو حنيفة واصحابه) مثل قول الشافعي .

(وقال أبو ثور) لا يجوز له إذا جاءه باجود مما اشترطا أو اردأ ان يأخذه لأنه بيع الطعام قبل القبض .

واذا أسلم رجل الى رجل في كر حنطة وأسلم الآخر الى صاحبه في كر من طعام واجلهما واحد وصفة طعامهما واحدة لم يجز ان يجعل أحدهما قصاصا من الآخر عند محل الأجل (في قولهم جميعا) لأن ذلك بيع الطعام المشترى قبل أن يُقبض .

فان كان أحدهما سلما والآخر قرضا فلا بأس أن يُجعل كل واحد منهما قصاصا من الآخر (في قول الأوزاعي) (الوليد عنه) .

---

(١) ام مد : قال الشافعي وهكذا العسل ولا يستغنى في العسل عن أن يصفه ببياض أو صفرة او خضرة لأنه يتباين في الوانه في القيمة وهكذا كلما لونه لون تباين به ما خالف لونه من حيوان وغيره : وكذلك ام ق الا : لون يباين به .

(٢) ام ق : قال ولو سلف رجل رجلا عرضاً في فضة بيضاء جيدة فجاء بفضة بيضاء أكثر مما يقع عليه أدنى اسم الجودة أو سلفه عرضاً في ذهب أحمر جيد فجاءه بذهب أحمر أكثر من أدنى ما يقع عليه أدني اسم الجودة لزمه ولكن لو سلمه في صفر أحمر جيد فجاءه باحمر باكثر مما يقع عليه باقل اسم الجودة لزمه ولكن لو سلفه في صفر أحمر فاعطاه أبيض والأبيض يصلح لما لا يصلح له الأحمر يلزمه اذا اختلف اللونان فيما يصلح له احد اللونين ولا يصلح له الآخر الخ : وكذلك أم مد الا : بفضة بيضاء أكثر مما يقع عليه أدنى اسم الجودة لزمه ولكن لو سلفه في صفر أحمر جيد فجاء بأحمر بأكثر مما يقع عليه أقل اسم الجودة : لما لا يصلح اليه الأحمر لم .

(٣)ام مد : اسم الصفة وكذلك اذا اختلف فيما يتباين فيه الاثمان بالالوان لم يلزم المشترى الا ما يلزمه بصفة ما سلف فيه فاما ما لا تباين الخ : ام ق : بصفة ما سلف فيه فاما ما لا تباين الخ .

(٤)ن : مما يصلح .

(وهو قول أبي ثور) .

وقياس قول مالك : إن ذلك جائز إذا جعل كل واحد منهما في القرض ما له على صاحبه قصاصاً بما لصاحبه عليه .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : إذا كان الأول سلما والآخر قرضاً جاز أن يكون قصاصاً . وإن كان الآخر سلماً والأول قرضاً لم يجز .

[١]وإذا أسلف الرجل في طعام فحل السلف ، فقال[٢] المسلف للمسلف إليه كل لي طعامي أوزنه واعزله عندك حتى آتيك فأنقله ففعل فسُرق الطعام ، فهو من ضمان البائع[٣] (في قياس قول مالك)) وذلك أن (يونس أخبرني عن ابن وهب عنه.)[٤] **أنه سمعه يُسأل** عن الرجل يسلف الرجل في الطعام الى أجل ، فإذا حَلَّ الأجل كتب إليه أن كل لي طعامي واعزله ، ثم بعه لي (فقال) : هذه داهية وكراهة ، (وقال) : إن كان اشتراه له من غيره فاستوفاه فلا بأس به أن يبيعه له من غيره .

(وفي قول الأوزاعي) ما لم يقبضه المشتري فمن مال البائع .

وقال الشافعي :[٥] لو[٦] كال البائع للمشتري بأمره[٧] لم يكن قبضاً حتى يقبضه المشتري ، أو يقبضه وكيل له فيبرأ البائع من ضمانه[٨] (حدثنا بذلك عنه الربيع) .

---

(١) ام : باب صرف السلف إلى غيره : ومن أسلف في طعام بكيل أو وزن .

(٢) ام : الذي له السلف كل طعامي الخ .

(٣) ام : ولا يكون هذا قبضاً من رب الطعام ولو كاله الخ : انظر ٥ .

(٤) أي ابن وهب .

(٥) ام : ولو كاله .

(٦) ن : كان . ون : لو كان .

(٧) ام : حتى يقبض أو يقبض وكيل .

(٨) م : حينئذ .

(وهذا **قياس** قول أبي حنيفة وأصحابه وأبي ثور) .

وإذا أسلم الرجل الى الرجل في طعام وأعطاه كفيلاً فصالح الكفيل صاحب السلم على رأس المال ، فإن السلم بحاله على المسلم إليه .

(**قياس قول الشافعي**) : في ذلك أن الصلح[1] عنده بيع ، وبيع المشتري الطعام قبل القبض باطل .

وقال أبو ثور : للكفيل أن يرجع على الذي عليه الحق فيأخذ منه ما أعطاه إن أجاز الصلح ، وإن لم يجزه كان الصلح باطلاً[2] ، (وقال) : هذا في قول من زعم أن الكفيل بالشيء عن الرجل داخلٌ معه فيه .

(وهو قول أبي حنيفة ومحمد) .

وقال أبو يوسف : الصلح جائز ، ويكون على الذي عليه الطعام بحالة يقبضه الكفيل إذا حل (الجوزجاني عن محمد) .

(**وقياس قول مالك**) : أن صلح الكفيل في ذلك جائز ، والصلح (عنده) ليس ببيع ، ولكنه اصطلاح عليه مما يجوز بين المسلمين .

واذا أسلم الرجلان إلى رجل ألف درهم ، فصالحه أحدهما على رأس ماله . . . (**فقياس قول الشافعي وابن أبي ليلى**) إن الصلح باطل ، والسلم بحاله . فإن قاسمه أحدهما نصيبه جاز والآخر على حقه لا يرجع على صاحبه بشيء إن عطب الذي عليه الحق (في قول الشافعي) .

(وقول أبي ثور) : الصلح جائز ويبقى للآخر خمس مائة في الطعام ، وإن عطب المسلم إليه لم يرجع على شريكه بشيء . (وعلته) إجماعهم أن

---

(١) ام ق : كتاب الصلح : أخبرنا الربيع بن سليمان قال : أملى علينا الشافعي ، قال أصل الصلح انه بمنزلة البيع : وكذلك أم مد إلا : أصلح الصلح .

(٢) لا أعلم أقوله : وقال هذا الخ : من قول أبي ثور أم من كلام الطبري .

الذي عليه الحق ليس له أن يعطي أحدهما جميع ما عليه ، وان عليه أن يعطي كل واحد منهما بقدر حصته . [1](قال) : وكل دين على اثنين فكذلك .

وقال أبو حنيفة ومحمد : الصلح باطل .

وقال أبو يوسف : الصلح جائز ، فإن عطب الذي عليه السلم رجع الآخر على شريكه فيما أخذ فقاسمه .

واذا أسلم في طعام ، أو غيره ، ثم صالحه على رأس المال فأراد أن يشتري منه به شيئاً غير ما أسلم إليه فيه فالصلح باطل (في قياس قول **الشافعي وابن أبي ليلى**) .

(**وقال أبو ثور**) : ان كان الصلح مفاسخة للبيع فلا بأس أن يأخذ به ما شاء إذا كان المشترى عيناً قائمة ، وإن كان شيئاً يُسلَم فيه فلا يجوز لأنه دين بدين .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا يجوز أن يشتري منه شيئاً حتى يأخذ الدراهم (الجوزجاني عن محمد) .

واذا أسلم رجل إلى رجل في ثوب بذراع رجل معلوم ، أو في طعام بمكيال يريه لا يكال به بين الناس فالسلم باطل (في قول **مالك**) (حدثني بذلك يونس عن ابن وهب عنه) .

وقال الأوزاعي : **وقيل له** : رجل سلف في طعام مسمى موصوف ولم يسميا هذا كذا ، والمكاييل تختلف ؟ (قال) : فله بمكيال أهل البلد يوم سلف إليه (حدثت بذلك عن الوليد عنه) .

وقال الثوري : اذا أسلفت في حنطة أو شعير ، أو تمر ، أو زبيب فصفه بصفته وبقفيز معلوم يُعرف إن سُرِق أو ضاع علم ما هو (حدثني بذلك علي عن زيد عنه) .

---

(١) لعله الطبري .

وقال الشافعي : إذا أسلم في قفيز بعينه غير موصوف فالسلم باطل (حدثنا بذلك عنه الربيع) .
(وهو قول أبي حنيفة وأصحابه وأبي ثور) .

وإذا أسلم رجل إلى رجل في ثوب ، أو سلعة من السلع فأتى بسلعة أجود منها أو ثوب أطول من ثوبه فقال : خذ هذا واشتر مني ما زاد على ثوبك ، أو انا شريكك بالفضل ، فإن (**مالكاً** قال) : لا بأس بذلك (حدثني بذلك يونس عن ابن وهب عنه) .

(وقال **الاوزاعي**) : **وقيل له** : إني أسلفت في ثوب مسمى ، وذكرت عرضاً وطولاً ورقعة ، ثم قلت له : زدني في طول الثوب ، أو عرضه وأزيدك في الثمن (قال) : لا بأس بذلك (حدثت بذلك عن الوليد عنه) . (وحدثت عن الوليد عنه) أنه (قال) : إن أسلمت في ثوب وسميت عرضه وطوله ووصفت رقعته وجنسه فجاء به أطول ، أو أعرض من شرطه كرهتُ أخذه لأنه فوق حقك . **قيل له** : فإن الحائك وهب له فضلته (فلم ير) بذلك بأساً . **قيل له** : فإن الحائك قال اشتر مني الفضلة (قال) : لا بأس بذلك . **قيل له** : فإن الحائك جاء به ناقصاً عن شرطه ؟ فقال له المشتري : رد عليّ من الثمن درهما ؟ (قال) : أكره أن يأخذ سلعته ويزداد درهماً وهو مجهول أن يكون[1] الدرهم قيمة النقص. **قيل له** : فإنه جاء به على شرطه من طوله ، أو عرضه وأجود رقعة فقال : أنا آخذه وأزيدك بجودته درهماً (قال) : لا بأس بذلك .

وقال الثوري : إذا اسلفت في ثوب رقعته كذا وعرضه كذا وطوله كذا ، فقال لك : أقبل مني ثوباً دونه وأزيدك دراهم فهو مكروه (حدثني بذلك علي عن زيد عنه) .

---

(١) ن : يكون الدراهم .

وقال الشافعي : لا يصلح ذلك ، ولا يجوز إلا أن يأتيه بالذي فارقه عليه ما فارقه عليه (حدثنا بذلك عنه الربيع) .

(وعلتها) أنه لا يخلو[1] من أن يكون اشترى هذا بما عليه ، **فهذا** بيع ما لم يقبض ، أو اشتراه بالدراهم التي عليه فهو باطل لأنه يفاسخه السلم .

وقال ابو حنيفة وأصحابه : لا بأس بذلك إلا أن يكون شيئاً مما يكال ، أو يوزن فيكون قفيز طعام[2] وسط فيأتيه بطعام جيد ، فيقول : رديء[3] بتلك الجودة فلا يجوز .

وقال مالك والشافعي وأبو حنيفة واصحابه وابو ثور : من اسلم في طعام فَحَلَّ فلا يجوز بيعه من أحد ولا ممن باع .

واختلفوا إذا كان السلم غير الطعام

[4]**فقال مالك** : الأمر[5] عندنا فيمن سلف في دقيق ، أو ماشية أو عروض[6] موصوفة إلى أجل فَحَلَّ فإن المشتري لا يبيع شيئاً من ذلك من الذي اشتراه منه بأكثر من الثمن الذي[7] أسلفه فيه قبل أن يقبض ما سلفه فيه ، وذلك[8] إذا[9] فعله فهو الربا [10] ، (وقال) :[11] من سلف[12] في شيء من

---

(١) ن : يخلو أن .
(٢) ن : وسطاً .
(٣) ن : بذلك .
(٤) م : السلفة في العروض .
(٥) في نسخ الهند وطبع مصر : الأمر المجتمع عليه عندنا ؛ وفي طبع تونس وزرقاني : فالأمر عندنا .
(٦) م : فإذا كان كل شيء من ذلك موصوفاً فسلف فيه إلى أجل فَحَلَّ الأجل فإن الخ .
(٧) م : سلفه .
(٨) م : أنه إذا .
(٩) وفي طبع تونس وشرح الزرقاني : فعل ذلك .
(١٠) وزاد في الموطأ بضعة أسطر .
(١١) نسخ الهند وطبع مصر : قال مالك : من سلف ؛ طبع تونس وشرح الزرقاني : ومن سلف .
(١٢) م : ذهباً أو ورقاً في حيوان أو عروض إذا كان موصوفاً إلى أجل مسمى : إلا في بعض نسخ الهند : أوعرض : قال الزرقاني : وفي نسخة عرض .

ذلك [١] فللمشتري أن يبيع تلك السلعة من البائع قبل [٢] محل الأجل [٣] وبعد [٤] محله بعرض من العروض [٥] يعجله ولا يؤخره بالغاً ما بلغ ذلك العرض [٦] (قال) : وللمشتري أن [٧] يبيعها من غير [٨] صاحبها الذي ابتاعها منه بذهب ، أو ورق ، أو عرض من العروض [٩] فيقبض ذلك ، ولا يؤخره لأنه إذا [١٠] أخره قبح ودخله ما يُكره [١١] من النهي عن الكالىء بالكالىء [١٢]. [١٣] (قال) : ومن سلف دنانير أو دراهم في أربعة أثواب موصوفة الى أجل فلما حَلَّ الأجل تقاضى صاحبَها فلم [١٤] يجده عنده ووجد عنده ثياباً دونها من صنفها فقال له الذي عليه الأثواب : أعطيك بها ثمانية أثواب من ثيابي هذه [١٥] فلا بأس بذلك إذا أخذ تلك [١٦] الثياب التي يعطيه قبل أن [١٧] يتفرقا [١٨] فإن

---

(١) م : فإنه لا بأس أن يبيع المشتري تلك السلعة الخ .

(٢) م : أن يحل .

(٣) في طبع مصر وشرح الزرقاني : أو بعد .

(٤) م : أن يحل .

(٥) ن : يتعجله .

(٦) م : الإطعام فإنه لا يحل أن يبيعه حتى يقبضه وللمشتري الخ : إلا في طبع مصر : قبل أن يقبضه .

(٧) م : يبيع تلك السلعة .

(٨) كذا في بعض نسخ الهند ، وأما في طبع تونس ومصر وشرح الزرقاني : صاحبه .

(٩) م : يقبض .

(١٠) كذا في بعض نسخ الهند ، وأما في طبع تونس ومصر وشرح الزرقاني : أخر ذلك .

(١١) م : ما يكره من الكالىء بالكالىء .

(١٢) وزاد في الموطأ بضعة سطر .

(١٣) م : قال مالك فيمن سلف الخ .

(١٤) م : يجدها .

(١٥) طبع مصر وشرح الزرقاني : أنه لا بأس .

(١٦) م : الأثواب .

(١٧) م : يفترقا .

(١٨) في بعض نسخ الهند : قال مالك : فإن دخل الخ .

دخــل ذلــك[1] أجل[2] فـلا خير فيـه ، وإن كان ذلـك قبل محـل الأجل فإنه[3] أيضـاً لا يصلح إلا أن يبيعه ثيـاباً ليست من صنف الثيـاب التي[4] سلف فيها (حدثني بذلك يونس عن ابن وهب عنه) .

وقال الأوزاعي : وسئل عن رجل أسلف إلى رجل في ثيـاب ، فقال : قد عملتها لك فبعنيها (قال) : لا يبيعها منه فإنه بيع ما لم يستوف ، وقـد نُهي عن ذلك في الطعام وسائر البيوع عنـدنا كـذلك (حـدثت بذلـك عن الوليـد عنه) .

وقال الثوري : لا يجوز شيء من ذلك إلا بعد القبض (حدثني بذلك علي عن زيد عنه) .

وقال الشافعي : لا يجوز بيع شيء أسلفت فيه من المسلم إليه ، ولا من غيره قبل الأجل ولا بعده حتى تقبضه (حدثنا بذلك عنه الربيع) .

(**وفي قياس قول أبي ثور**) : لا يجوز ذلـك في كل مـا يكال ويـوزن مما يؤكـل أو يشرب إلا بعـد القبض . ويجوز بيـع مـا سـوى ذلـك قبـل القبض وبعده .

(**وقال أبو حنيفة وأصحابه**) : مثل قول الشافعي .

(**وقال مالك**) : من أسلف في قمح موصوف فحل أجله فلا بـأس أن يأخذ أي صنف شاء من القمح والشعير بمثل مكيلته ، ولا يجوز أن يأخذ سوى ذلك ولا يأخذ دقيقاً بكيله .

---

(١) م : الأجل .

(٢) في بعض نسخ الهند وطبع مصر : فإنه لا يصلح : في طبع تونس وشرح الزرقاني : فإن ذلك لا يصلح .

(٣) م : أيضاً لا يصلح .

(٤) م : سلفه .

ولو كان لرجل عليه طعام فأحاله بطعامه إلى المسلم إليه (فالقول كما ذكرنا من أقاويلهم) .

واختلفوا في المسلم يشرك بعد وجوب السلم

على المسلم إليه والتقابض والتفرق آخر غيره أم أولاه ، أو أقاله صاحبه .

[1](فقال مالك) : [2]الأمر عندنا انه لا بأس بالشرك والتولية والإقالة [3]في الطعام وغيره[4]قبض أو لم يقبض إذا كان ذلك بالنقد ولم يكن فيه ربح ولا وضيعة ، ولا تأخير[5] فإن دخل ذلك[6] وضيعة ، أو ربح ، أو تأخير من أحد منهما فهو بيع[7] ليس بتولية ولا شرك ، ولا إقالة يحله ما يحل البيع ويحرمه ما يحرم البيع (حدثني بذلك يونس عن ابن وهب عنه) .

وقال الأوزاعي : لا بأس إن أنت اشتريت سلعة فسألك رجل أن تشركه فيها قبل أن تقبضها فلا بأس أن تشركه قبل قبضها وبعده ، فيكون عليك وعليه الوضيعة والربح ، لأن الشركة معروف ولو كانت[8] الشركة لا يصلح أن تشركه حتى تقبضها (حدثت بذلك عن الوليد عنه) .

وقال الثوري : لا تبيعن شيئاً من البيوع ولا توليه ولا تشرك فيه مما يكال ، أو لا يكال أو يوزن أو لا يوزن ، أو دابة أو عبداً ، او شيئاً اشتريته حتى

(١) م : ما جاء في الشركة والتولية والإقالة .
(٢) م : والأمر الخ : إلا طبع مصر .
(٣) م : والإقالة منه في الطعام : إلا بعض نسخ الهند .
(٤) زرقاني : قبض ذلك او الخ .
(٥) م : للثمن فان : إلا بعض نسخ الهند .
(٦) م : ربح ولا وضيعة ولا تأخير من واحد منهما صار بيعاً .
(٧) م : يحله ما يحل البيع ويحرمه البيع ، وليس بشرك ولا تولية ولا إقالة
(٨) قوله : الشركة لا : كذا في النسخة ، ولعل صوابه : الشركة ديناً لا .

تقبضه فإن التولية بيع ،ولا تبع بيعاً لم تقبضه حتى تقبضه(حدثني بذلك علي عن زيد عنه) .

وقال الشافعي[1] : لا يجوز له أن يشرك فيه أحداً ، ولا يوليه ، وله أن يقيله ، لأن الإقالة فسخ البيع (حدثنا بذلك عنه الربيع) .

وقال أبو ثور : مثل قول الشافعي في الشركه والتولية .

(وهو قول أبي حنيفة وأصحابه) ، (وقالوا) : لا تجوز الإقالة لأن الإقالة بيع .

وإذا اشترى المسلم إليه الطعام فقال للذي له السلم : احضر قبضه أو وكّل بقبضه ثم قضاه إياه مما كان له ورضي بكيله او دفع إليه الطعام وأمره بالشراء له والقبض لنفسه فإن (مالكاً قال) : وسئل عن الرجل يسلف الرجل في الطعام بذهب إلى أجل، فإذا حل الأجل جاءه يتقاضاه فقال: ما عندي طعام، ولكن هذه ذهب فخذها فاشتر بها لنفسك طعاماً وكل بقبضه ، ثم قضاه إياه مما كان له ورضي بكيله ، أو دفع إليه ثمن الطعام[2] الذي لك عليّ ؟ (فقال) : لا خير في هذا (أخبرني بذلك يونس عن ابن وهب عنه) .

وقال الأوزاعي : **وقيل له** : إن الذي أسلفت إليه اشترى طعاماً كيلاً فلم يكله من البائع ودفعه إلى الذي اسلفه (قال) : لا ينبغي له أن يدفعه إليه دون أن يكتاله لنفسه ، ثم يكيله للذي أسلفه لأن أصله سلف ، والسلف

---

(١) ام مد : بقية البيع : السنة في الخيار : قال الشافعي : الشركة والتولية بيع من البيوع يحل فيه ما يحل في البيوع ، ويحرم فيه ما يحرم من البيوع ، فمن ابتاع طعاماً أو غيره فلم يقبضه حتى اشرك فيه رجلاً أو يوليه فالشركة باطلة ، والتولية ، وهذا بيع الطعام قبل أن يقبض والإقالة فسخ البيع : وكذلك أم ق إلا : يحرم في البيوع : قبل يقبض . ام : بقية البيع : باب ما جاء في الصرف : قال الشافعي : الشركة والتولية بيعان من البيوع يحلهما ما يحل البيوع ويحرمهما ما يحرم البيوع ، مزني : باب السلف والرهن والنهي عن بيع ما ليس عندك : ولا تجوز في السلف الشركة ولا التولية لأنهما بيع والإقالة فسخ البيع .

(٢) لعل صوابه : مثل الذي .

شراء ، والشراء لا يُباع حتى يقبض (حدثت بذلك عن الوليد عنه) . **وقيل له** : فلو أنه أعطاه دراهم ، وقال له : اشتر طعاماً فاقبضه من بائعه ، ثم كله لنفسك ففعل فاكتاله من البائع ، ثم كاله لنفسه ، (فكره ذلك)[1] ورده على من يقول : إنه جائز . **قيل له** : فإنه أعطى الدراهم رجلاً غيره ، وقال : اشتر طعاماً ، ثم ادفعه إليه ؟ (قال) : لا بأس بذلك .

وقال الثوري : إذا أسلفت سلفاً ، فقال لك صاحبك : قد كلته فاقبضه بكيله فلا تأخذه حتى تكيله (حدثني بذلك علي عن زيد عنه) .

(**وقياس قول الشافعي** : إنه إن دفع الثمن إليه دراهم فاشتراه له لم يكن قابضاً حتى يقبضه المشتري ، ثم يقبضه منه . وإن اشترى المسلم إليه فاكتاله لنفسه (**فقياس** قوله) إنه لا يأخذه بكيله حتى يكتاله لنفسه .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : إذا اشترى المسلم إليه فقال المسلم : اقبضه لنفسك فلا يجوز حتى يقبضه المشتري ، ثم يقبضه رب السلم . (وقالوا) : لو دفع إليه دراهم ، فقال : اشتر بها طعاماً قدر مالك عليّ ، ثم اقبضه لي بكيل ثم اكتله لنفسك كان جائزاً .

وقال أبو ثور : إذا اكتال المسلم إليه لنفسه والمسلم حاضر فرضي بكيله[2] وقَبَضه فذلك جائز . (وقال) : لو حل الأجل فقال المسلم للمسلم إليه كل ما لي عليك في ناحية بيتك ، أو في غرائري هذه ففعل وليس هو[3] حاضراً لم يكن ذلك قبضاً ، ولا يكون قابضاً حتى يحضر هو أو وكيل له .

وإذا حل السلم في كر فقال المسلم إليه للمسلم : هذا طعامك فخذه

---

(١) لعل صوابه : وذلك رده . . .

(٢) ن : وقبضِه .

(٣) ن : حاضر .

وهو كر فصدّقه المسلم فأخذه فهو جائز (في قياس **قول مالك**) وذلك أن (يونس أخبرني عن ابن وهب عنه) أنه **سئل عن** : رجل ابتاع من رجل طعاماً وأخذه بكيله الاول فصدّقه فيه فلما قبّضه اليه وحازه، كاله فوجد في الطعام زيادة اردب ، أو اردبين أترى أن يُرد ذلك على البائع ؟ (فقال) : إن كان ذلك شيئاً بيناً فنعم .

وقال الثوري : لا يجوز حتى يكتاله المسلم (حدثني بذلك علي عن زيد عنه) .

وقال الشافعي : لا خير في ذلك لأنه لا يكون قابضاً له حتى يكتاله وعلى البائع أن يوفيه الكيل ، فإن هلك في يدي المشتري قبل أن يكيله فالقول قوله في الكيل مع يمينه (حدثنا بذلك عنه الربيع) .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا يحل للمسلم أكل هذا الطعام ، ولا بيعه ، وذلك أنه لم يقبضه (وقالوا) : إن هلك الكر عند المشتري فأقر أنه كان كراً ولم يكله كان مستوفياً .

وقال أبو ثور : إن صدّقه المسلم فقبضه واستهلكه ، ثم قال : كان أقل من كر فإن القول قوله مع يمينه ويرجع عليه بما بقي . فإن باعه كان بيعه جائزاً ، وذلك أنه قد قبض الطعام وإن لم يكن كيل له ، وإنما الكيل بمنزلة الحمل . ولو كاله له ودفعه إليه ، وقال : أحمله لك إلى الموضع الذي صالحتك عليه فباعه المسلم قبل أن يحمله كان ذلك له .

ولو أفلس المسلم إليه لم يكن للغرماء أن يشاركوا المسلم في هذا الطعام الذي قبضه ، وإن لم يكن كاله ، (وقال) : هو بمنزلة رجل له على رجل ألف درهم فأعطاه كيساً فيه دراهم قضاءً عن حقه ولم يزنه له ، وقال : خذه حتى أزنه لك فإن صاحب الكيس أحق به من سائر الغرماء .

وإذا أسلم رجل سلماً في شيء ثم وكل صاحب السلم وكيلاً بدفع الثمن اليه وذهب قبل أن يقبض المسلم إليه الثمن ، فالسلم فاسد (في قولهم كلهم) إلا أن يوكّل وكيلاً في أن يسلم إليه ويدفع الثمن فيكون جائزا . وكذلك إن وكل المسلم إليه من يقبض الثمن وانصرف هو كان السلم فاسداً إلا أن يوكله بالسلم له فيكون ذلك عليه حاضراً كان ، أو غائباً .

واختلفوا في الرهن والكفيل في السلم

فقال الأوزاعي : أكره أن يؤخذ في السلم رهن ، أو كفيل (حدثت بذلك عن الوليد عنه) .

وقال الثوري : لا بأس بالرهن والكفيل في السلم (حدثني بذلك علي عن زيد عنه) .

[1]**وقال الشافعي** :[2] لا بأس بذلك لأنه بيع من البيوع[3] (وقال) : أَمَر الله عز وجل بالرهن فأقل أمره تبارك وتعالى[4] إباحة له فالسلم بيع من البيوع (حدثنا بذلك عنه لربيع) .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : مثل قول الشافعي . (وقالوا) : إن اقتضى الكفيل المسلم عليه ، فقبض منه ما كفل عنه فباعه فربح فيه ، أو أكله كان حلالاً ، وعليه لصاحب السلم طعام مثله . وإن قبضه على وجه الوكالة فليس له أن يبيعه ولا يأكله وهو رسول حتى يؤديه إلى صاحبه فإن باع فربح[5] كان عليه أن يتصدق بالربح . (وقالوا) : إن قضى الكفيل المسلم فلا بأس به

---

(١) ام : باب السلف .
(٢) ام : لا بأس فيه بالرهن والحميل لأنه الخ .
(٣) ام : وقد امر الخ .
(٤) ام : ان يكون إباحة الخ .
(٥) ن : وكان .

والكفيل ها هنا مقُرض عندهم .

وإذا أسلم رجل في طعام قراح بعينه ، أو ثمر نخل بستان بعينه ، ولم يدرك الزرع ولم يبد صلاح الثمرة فذلك باطل (عندهم كلهم) .

وإن أسلم فيه بعد بدو صلاح الثمرة (فقد اختلفوا فيه) :

فقال مالك : وسئل عن الذي يسلف في حائط بعينه قد طابت الثمرة ؟ (فقال): أكرهه من قبل انه يأخذ في حائطه ذلك من هذا ، وهذا حتى يكثر فلا يصل[1] إلى هذا ما سلف فيه فيرد عليه دنانيره ويجيء ثمر ذلك الحائط مستحشفا ، أو على غير ما كان يُعرف فيرد عليه دنانيره ، وأرى ألاّ يُسلَف في شيء من ذلك بعينه ، ولا في الزعفران من هذه الأرض فإن سلف في شيء من ذلك بعينه فلا أرى أن يُردّ البيع لأن من البيوع بيوعاً لا ترد (أخبرني بذلك يونس عن أشهب عنه) .

وقال الأوزاعي : وقيل له : إني سلفت في طعام قرية فلانة (فكره) السلف في طعام قرية بعينها مخافة أن تصيب طعام تلك القرية عاهة فيذهب فلا يوجد منه شيء إلا أن يكون ذلك الطعام قد أُمنَت عليه العاهة وصلح بيعه (حدثت بذلك عن الوليد عنه) .[2]قال : وسمعته (يقول) : قد مضت السنة أنه لا يصلح أن يسلف في ثمرة ولا يبيعها حتى تنجو من العاهة[2] قال : ولا أعلم إلا أني سمعته (يقول) : هو في الحكم جائز يمضيه القاضي ، ويأخذ به إذا أسلم في ثمرة سنة لم تأت ، وهو في الورع مكروه .

[3]**وقال الشافعي**[4] : لا يجوز السلف في حنطة أرض رجل بعينها وثمر

---

(١) لعل صوابه : هذا إلى ما سلف .

(٢) أي الوليد .

(٣) ام : باب ما يجوز فيه السلف وما لا يجوز .

(٤) ام : قال الشافعي : وهكذا ثمر حائط رجل بعينه ونتاج رجل بعينه وقرية بعينها غير مأمونة ونسل ماشية بعينها ، فإذا الخ : إلا أن في أم مد : وسيل ماشية الخ .

حائط رجل بعينه ونتاج رجل بعينه ونسل ماشيته[١] فإذا شرط المسلف من ذلك ما يكون[٢] مأموناً أن ينقطع أصله لا[٣] يختلف في الوقت الذي[٤] يحل فيه جاز . وإذا[٥] اشترط الشيء الذي الأغلب منه ألّا يؤمَن انقطاع أصله لم يجز[٦] أن[٧] يسلف سلفاً فاسداً وقبضه رده . وإن استهلكه رد مثله ان كان له مثل أو قيمته ، إن لم يكن له مثل ، ورجع برأس ماله[٨] (حدثنا بذلك عنه الربيع) .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : إن أسلم في ذلك فالسلم فاسد لا يجوز .

وقال أبو ثور : إذا أسلم في ثمر نخل بعينه فإن بدا صلاحه فذلك جائز وكذلك الطعام . (وعلته الخبر عن (النبي صلى الله عليه وسلم) أنه نهى عن السلم في[٩] ثمر نخل بعينه حتى يبدو صلاحه .

واذا أسلم رجل في شيء واشترط أن يوفيه إياه في موضع فوفّاه في غير ذلك الموضع ، وقال : خذ مني الكراء إلى ذلك الموضع الذي اشترطت له . فإن (**الاوزاعي قال**) : إذا اشترط عليه أن يوفيه بدمشق فلقيه في بلدة أخرى ، فلم يقدر على حمله فقال : خذه ها هنا وعليّ الكراء إلى دمشق (قال) : لا يصلح ذلك (حدثت بذلك عن الوليد عنه) .

(**وقال الثوري**) : اذا عرض عليك أن يقضيك في غير المكان الذي

---

(١) ن : ماشية فإذا .

(٢) ام ق : يكون أن ينقطع أن ينقطع أصله .

(٣) ام : يخلف .

(٤) ام : حل .

(٥) ام : شرط .

(٦) زاد في الأم بضعة أسطر .

(٧) ام : قال الشافعي : وإن أسلف سلفاً الخ .

(٨) ام : فعلى هذا هذا الباب كله وقياسه .

(٩) ن : في نخل .

سميت ويحمله لك فهو مكروه أن يقضيه ويحمله لك ، ولكن اقبضه مكانه ولا يحمله لك أن رضيت بذلك (حدثني بذلك علي عن زيد عنه) .

وذلك جائز إذا تراضيا بذلك (في قول أبي ثور) .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا يأخذ منه الكراء ، وإن شاء كلفه الحمل إلى ذلك الموضع ، وإن أخذ الكراء فهلك في يده فلا شيء عليه .

واختلفوا فيما يجوز فيه السلم

فقال مالك : لا بأس بالسلم في كل مكيل ، أو موزون موصوف إذا أسلم في كيل معلوم ، أو وزن معلوم ، وكذلك العروض والحيوان إذا وصف بذرع وجنس ، أو سن وجنس (حدثني بذلك يونس عن ابن وهب عنه) .

وقال الأوزاعي : لا بأس بالسلم في كل ما ضبط بحد مثل الكيل والوزن والسن والشبه في الحيوان والصفة والنعت في الأواني والطساس والذرع في الثياب (حدثت بذلك عن الوليد عنه)[1] **قال** : **قلت له** : أسلف في البيض والجوز ، (قال) : نعم وتسمى عدداً إذا جاء به فهو سلفك وليس لك فيه خيار .

وقال الثوري : السلف جائز في كل ما كيل ووزن وحدّ بذرع وصفة ويُكره السلف في كل شيء من الحيوان (حدثني بذلك علي عن زيد عنه) .

وقال الشافعي : لا يجوز السلم إلا فيما كان موصوفاً مضبوطاً بذراع أو سن ، مثل ثنيّ أو جذع وأشباهه ، أو وزن ، أو كيل وفيما[2] قُدّ بصنعة وقدّ[3]مثل السلم في الطس والأواني المضروبة والمفرغة بصنعة معروفة وسكة

---

(١) اي الوليد .

(٢) ن : مد : ويحتمل أن يكون صوابه : عد : او : يعد .

(٣) ن : قيل .

معـروفة وثخـانـة أو رقّـة إذا اشتُـرط من جنس من الأجنـاس مثـل الحـديـد والرصاص ، وكذلك الأقداح والصحاف الزجاج إذا وُصفت (حـدثنا بـذلك عنه الربيع) .

وقال أبو ثور : مثل ذلك . (وقال) : يجوز أيضاً فيها وُقف على صناعته وقده إذا كان عملاً معروفاً مثل : النعل والطس والتور والأواني ، وإن كان لا يوزن .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا يجوز السلم إلا فيها حد بذرع أو كيل أو وزن أو قد ، وصناعة ولا يجوز فيها حد بسن . (وعلتهم) أن الحيوان يتباين ، وما يتباين وهو من جنس واحد فلا يجوز السلم فيه قياساً على إجمـاعهم أن[1] النعر والذي لا يضبطه صفة لا يجوز السلم فيه .

(وعلة **مالك والشافعي**) : في الحيوان خبـر أبي سعيد وأبي هـريرة أن (النبي صلى الله عليه وسلم) استسلف بكراً من أعرابي .

[2]**قـال** : والمسلمون في شـرائهم وبيعهم من وجهـين : **أحـدهما** معلوم محـدود ، والآخر مـا حدوا وعـرّفوا من[3] تجارتهم . فمنه مـا يكون معلومـاً في الجـودة ، ومنه مـا يكون معلومـاً في القدر . والنباتُ والحبوب كلها، لا تستوي عندهم التمرتان ، ولا الحبتان فشراؤ هم له بـالسلم على علم منهم بـاختلاف ذلك . (**وقد أجمعـوا**) : أنه لا بـأس بالسلم في جميـع ذلك ، والجـوز والبيض والبطيخ وأشباهها وتفاوُت ما بينها كتفاوت ما بين التمرة الجيدة والتمرة الصغيرة والحشفة والبرة العظيمة الجيدة ، والبرة الذاوية اللطيفة فالسلم كله على ما قد عرّفوا من ذلك .

---

(١) كذا في النسخة .

(٢) لعله الطبري .

(٣) ن : تجارتهم .

واختلفوا في أشياء من الموزون والمكيل
فمن ذلك السلم في الفاكهة الرطبة

فقال مالك : وسئل عن : الرجل يسلف في الثمرة إلى الأجل المعلوم قبل أن تأتي الثمرة ويشترط من الثمر الجديد ، أو القمح الجديد ، ولم يبلغ إبّان الزرع ؟ (**فقال**) : لا بأس به إذا لم يكن في حائط مسمى (أخبرني بذلك يونس عن ابن وهب عنه) .[1] قال : وسئل عن : السلف في العنب الصيفي إذا نفد أيأخذ ما بقي من الصيفي شتوياً ؟ (فقال) : لا ، في رأيي .

وسئل عن : العنب هل يُسلف فيه ؟ (فقال) : نعم ، فقيل له : فالسلف في البطيخ ؟ (فقال) : ما سمعت بالسلف في البطيخ .

وقال الأوزاعي : لا تسلف في العنب والفاكهة الرطبة الصيفية التي تذهب في الشتاء فلا يوجد منها شيء قبل حينها ووقتها وإن سميت لها أجلاً يكون محلها فيه فلا يصلح (حدثت بذلك عن الوليد عنه) .

[2](قال) : **وسألته عن** : السلف في الرُطب ؟ (قال) : سلف فيه في حينه ، **قلت** : سلفت قبل مجيء البر وسميت أجلاً فيه مجيء البر ؟ (قال) : لا يصلح ذلك .

وقال الثوري : لا تسلفن في شيء من الثمار إلا في حينها ، وفي أيدي الناس منها شيء من نحو العنب والرطب والتفاح ، وما يكال ويوزن وأشباه الفاكهة فلا تسلفن في شيء منها إلا في حينه (حدثني بذلك علي عن زيد عنه) .

---

(١) اي ابن وهب .

(٢) اي الوليد .

[1]وقال الشافعي[2] : موجود في حديث (رسول الله صلى الله عليه وسلم) إذ نهاهم عن السلف إلا بكيل ووزن وأجل معلوم ، كما وصفت قبل هذا[3] وأنهم إذاً كانوا يسلفون في[4] التمر السنة والسنتين[5]والتمر يكون رُطباً، والرطب لا يكون[6] في السنتين كلتيهما موجود ، وإنما يوجد في حين من السنة دون حين ، وإنما أجزنا السلف في الرطب في غير حينه إذا تشارطا أخذه في حين يكون فيه موجوداً [7] (حدثنا بذلك عنه الربيع) .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : إن أسلم في شيء من ذلك ، وليس هو في أيدي الناس فالسلم باطل ، وإن أسلم فيه وهو موجود فمطله حتى ذهب من أيدي الناس ، فصاحب السلم بالخيار بين الترك حتى يوجد ، أو أخذ رأس ماله .

وقال أبو ثور : إذا أسلم الرجل في الشيء الذي قد ينقطع ، ولا يوجد في أيدي الناس مما يكال أو يوزن فلا بأس أن يسلم فيه في الوقت الذي لا يكون في أيديهم فإن حَلَّ الأجل وهو موجود أخذه ، وإن لم يكن موجوداً أخّر الذي عليه السلم الى وجود الشيء المسلم فيه ، وكان حقاً لزمه فلم يكن عنده فينُظر إلى أن يكون أو يتفاسخا البيع ويأخذ رأس ماله .

واختلفوا في السلم فيما خلط بغيره

فقال الأوزاعي : لا بأس بالسلم في الزنبق كيلا[8] واجلاً (حدثت

---

(١) ام : باب جماع ما يجوز فيه السلف ، ولا يجوز والكيل .

(٢) ام : قال : وموجود

(٣) ام مد : وانهم كانوا .

(٤) كذا ام : ن : النمر .

(٥) كذا ام : ن : والنمر .

(٦) ام ق : إلا في .

(٧) ام : لأن النبي ﷺ أجاز السلف في السنتين والثلاث موصوفا .

(٨) ن : وآجلا .

بذلك عن الوليد عنه) ، وكذلك لا بأس بالسلم في الخفاف إذا سمي صنوفاً وأجلاً .

[٤]**وقال الشافعي** : [٢]كل صنف حل السلف فيه وحده فخلط منه شيء[٣] بشيء من غير جنسه مما يبقى فيه ، فلا يزايله بحال سوى الماء ، وكان الذي[٤] يخلط به قائماً فيه[٥] وكانا مختلطين لا يتميزان فلا خير في السلف[٦] فيه من قبل أنهما إذا اختلطا فلا يتميز أحدهما من الآخر لم أدر كم قبضت من هذا ولا هذا ، فكنت قد أسلفت في شيء مجهول[٧] وذلك مثل السلم في سويق ملتوت وسويق لوز بسكر لأني لا أعرف قدر السويق من الزيت[٨] واللتات يزيد في كيل السويق[٩] وفي هذا المعنى السلم في الحيس واللحم المطبوخ بالابزار وفي الفالوذق .

ولا يجوز أيضاً السلم في اللحم المشوي لأن صفته تخفى مشوياً فلا يبين أعجفه من سمينه[١٠] ومثل السلم في اللحم المشوي السلم في[١١] عين على أنها تدفع إليه مغيرة[١٢]مثل السلم في صاع حنطة على أن يوفيه إياها دقيقاً[١٣] شرط

---

(١) ام : باب السلف في الشيء المصلح بغيره : إلا أن في أم مد : المصالح .

(٢) ام : قال الشافعي : كل صنف الخ .

(٣) ام : بشيء غير جنسه الخ .

(٤) ام مد : يخالط .

(٥) ام : وكان مما يصلح فيه السلف ، وكانا الخ .

(٦) ام : فيهما .

(٧) ام : وذلك مثل أن أسلم في عشرة أرطال سويق لوز ، وليس يتميز السكر من دهن اللوز إذا خلط به أحدهما فيعرف القابض المبتاع كم قبض من السكر ودهن اللوز واللوز ، فلما كان كذا كان بيعاً مجهولاً ، وهكذا إن أسلم إليه في سويق ملتوت مكيل لأني الخ .

(٨) ام : والسويق يزيد كيله باللتات .

(٩) قوله : وفي هذا المعنى : إلى : سميناً : مختصر أقوال الإمام في الأم .

(١٠) أم مد : قال : فلا خير في أن يسلم في عين : ام ق : قال : ولا خير الخ .

(١١) ن : عيره .

(١٢) أم مد : بحال لا يستدل على أنها تلك العين اختلف كيلها ، أو لم يختلف ، وذلك مثل أن يسلفه صاع حنطة الخ : ام ق : بحال لأنه لا يستدل الخ . (١٣) ام : اشترط .

كيل الـدقيق[١] أم لا لأنها إذا طحنت أشكلت فلا يعرف المـائي من الشامي ، ويقل ويكثر .

ولو أسلم[٢] في دقيق جاز[٣] ومثل ذلك السلم في غـزل موصـوف على أن يعمله له ثوباً[٤] وكلما أسلم فيه وكان يصلح بشيء منه لا بغيره فشرطه مصلحاً فلا بأس به[٥] مثل السلم في ثوب وشي أو مسير ، أو غيرهما من صبغ الغزل ، وذلك أن الصبغ[٦] هو كأصل لون الثوب في السمرة والبياض ، وأن الصبغ لا يغير صفة الثوب في[٧] دقة ولا صفاقة[٨] كما يتغير السويق والدقيق باللتات[٩] ولا خير في أن يسلم إليه في ثوب موصوف على أن[١٠] يصبغه مضرجاً لأنه لا[١١] يوقف على[١٢] حد التضريج وإن من الثياب ما[١٣] يأخذ من التضريج أكثر مما

---

(١) ام مد : أو لم يشترطه ، وذلك أنه إذا وصف جنساً من حنطة وجوده ، فصارت دقيقاً أشكل الدقيق من معنيين أحدهما أن تكون الحنطة المشروطة مائية فتطحن حنطة تقاربها من حنطة الشام وهو غير المائي ، ولا يخلص هذا ، والآخر أنه لا يعرف مِكْيَل الدقيق لأنه قد يكثر إذا طحن ويقل : وكذلك ام ق إلا : أو لم يشترط : حنطة تفارقها .

(٢) قوله : ولو أسلم في دقيق جاز : مختصر أقوال الإمام في الأم .

(٣) ام ق : وكذلك لو أسلفه في ثوب موصوف بذرع يوصف به الثياب جاز ، وإن أسلفه في غزل موصوف : وسقط قوله : بذرع : إلى موصوف : في ام مد .

(٤) ام ق : لم يجز من قبل ان صفة الغزل لا تعرف في الثوب ، ولا تعرف حصة الغزل من حصة العمل ، وإذا كان الثوب موصوفاً عرفت صفته ، قال : وكلما أسلم فيه الخ : وكذلك أم مد الا : صفقة الغزل .

(٥) ام : كما يسلم في ثوب الخ .

(٦) ام : فيه كاصل .

(٧) ام مد : رقة .

(٨) ام : ولا غيرهما كما .

(٩) زاد في الأم بضعة أسطر .

(١٠) أم مد : يصنعه .

(١١) ام ق : يتوقف .

(١٢) ن : على التضريج .

(١٣) أم مد : يأخذ به أكثر الخ .

يـأخذ مثله[١] ولا يُعـرف قدر الصبـغ . . . والفرق بـين ذا وبين السلم في الثوب العصب أنه لم يُشتر الثوب إلا[٢] والصبغ قائم فيه قيام العمل من النسج ولون الغزل[٣] والمشترى بلا صبغ ، ثم أُدخل الصبغ فيه قبل أن يستوفي الثوب ويعرف الصبغ[٤] فلا يعرف غزل الثوب ، ولا قدر الصبغ[٥]،ومثل السلم في العصب أن يسلفه في ثوب موصوف يوفيه إيـاه مقصوراً قصـارة معروفـة ، أو مغسولاً غسلاً نقياً من دقيقه الذي ينسج به . [٦]ومثل اللحم المشوي السلم في ثوب قد لبس وغسل غسلة لأنه لا يوقف على حد ما أنهك منه اللبس ، ومثل السلم في السويق الملتوت السلم في الحنطة المبلولة[٧] والمجمر المطرّي والغالية والأدهان التي فيها الأتفال لأنه لا يوقف على صفته .

وكذلك السلم في الأثواب المطيبة مثل الأدهـان المطيبـة والغاليـة لأنه لا يوقف على حد الطيب . [٨]ومثـل ذلك أن يسلم في عمـل آنية ، أو طس من نحاس[٩] وحديد أو نحاس ورصاص[١٠]لأنهما لا يخلصان فيُعرف قدر كل واحد

---

(١) ام مد : في الذرع وان الصفقة وقعت على شيئين متفرقين أحدهما ثوب والآخر صبغ فكان الثوب ، وإن عرف مصبوغاً بجنسه قد عرفه فالصبغ غير معروف مرة وهو مشترى ، ولا خير في مشترى إلى أجل غير معروف ، وليس هذا كما يسلم في ثوب عصب لأن الصبغ زينة له وإن لم يشتر الخ : وكذلك أم ق إلا : كان الثوب : وأنه لم يشتر الخ

(٢) ام مد : وهذا الثوب قائم الخ : ام ق : وهذا الصبغ قائم الخ .

(٣) ام : فيه قائم لا يغيره عن صفته ، فإذا كان هكذا جاز وإذا كان الثوب المشترى بلا صبغ الخ .

(٤) أم : لم يجز لما وصفت من أنه لا يعرف غزل الخ .

(٥) ن : قال الشافعي : ولا بأس أن يسلفه في ثوب الخ .

(٦) ام : ولا خير في أن يسلم إليه في ثوب قد لبس أو غسل غسلة بعدما ينهكه وقيل : فلا يوقف على حد هذا ، ولا خير في أن يسلم في حنطة مبلولة .

(٧) قوله : المجمر المطري - إلى - حد الطيب : مختصر أقوال الإمام في الأم .

(٨) ام : قال : ولو شرط أن يعمل له طستاً من نحاس الخ .

(٩) ام مد : أو حديد .

(١٠) ام : لم يجز لأنهما .

منها . [1] ومثله السلف في قلنسوة محشوة والخفين والنعلين لأن القلنسوة لا يعرف قدر حشوها ، ولا يوقف من النعل على صفة جلدها بطول ولا عرض ، ومثل القلنسوة : النبل . ولا بأس بالسلم في الآجرّ إذا وصف كما يوصف الأقداح والأواني ، ولو شرط موزوناً كان أحبّ إليّ[2] ومثل الأجر السلم في دهن حب البان الذي ييبس ، (حدثنا بذلك عنه الربيع) . (وحكى أبو ثور عنه انه أجاز) السلم في الزنبق والخيريّ والبنفسج (ولم يجز) في الغالية والأدهان المطيبة بالأفواه .

وقال أبو ثور : السلم في ذلك كله جائز ، وكذلك السلم في اللبن المخيض[3] .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : مثل ذلك .

وقول أبي ثور : إن اللبن والأشياء غيره إذا مازجه غيره فحكمه حكم الغالب إن كان الغالب اللبن فحكمه حكم اللبن ، وكذلك إن كان الماء الغالب فحكمه حكم الماء .

واجمعوا على جواز بيع الذهب بالدراهم ، وفي بعض الدنانير فضة إلا أنها مستهلكة في الذهب ، وقد تخرج بالعلاج فكان هذا دليلاً على أن الحكم حكم الذهب إن كانت غالبة للفضة والفضة مغمورة .

واختلفوا في السلم فيما بعد

فقال مالك : ما سمعت بالسلم في البطيخ (أخبرني بذلك يونس عن ابن وهب عنه) .

---

(١) قوله : ومثله السلف ـ إلى ـ كان أحب إلى : مختصر أقوال الإمام في الأم . . .

(٢) قوله : ومثل الأجر الخ : لم أجده في الأم .

(٣) ام : السلف في اللبن : قال : لا خير في أن يسلف في لبن مخيض .

وقال الأوزاعي : وقيل له[1] : أأسلف في البيض والجوز ؟ (قال) : نعم ، وتسمي عدداً إذا جاء به فهو سلفك ، وليس لك فيه خيار (حدثت بذلك عن الوليد عنه) .

وقال الشافعي : لا يجوز السلف في البطيخ ولا القثاء ، ولا الرمان والسفرجل والخوخ والجوز والموز والبيض وغيره مما يتبايعه الناس عددا إلا الحيوان المضبوط بالجنس والسن[2] والصيغة والثياب التي تضبط بالجنس والحلية والذرع والخشب الذي يضبط بجنس وصفة وذرع إلا أن يقدر على أن يضبط بالوزن والكيل[3] (حدثنا بذلك عنه الربيع) .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا يجوز السلم في البطيخ والقثاء والخيار والرمان ويجوز في البيض والجوز .

وقال أبو ثور : ما كان منه يوزن فأسلم فيه وزناً فلا بأس به ، وإلا فلا يصلح السلم فيه .

واختلفوا في السلم في السمك

(**فقياس قول مالك**) إنه لا بأس بذلك .

(**وقياس قول الثوري**) إن ذلك جائز إذا كان متقاربا مثل الجوز والبيض

---

(١) ن : السلف .

(٢) ن : والصنعة .

(٣) ام : باب السلف في العدد : أخبرنا الربيع ، قال : قال الشافعي : لا يجوز السلف في شيء عدداً إلا ما وصفت من الحيوان الذي يضبط سنه وصفته وجنسه ، والثياب التي تضبط بجنسها وحليها وذرعها والخشب الذي يضبط بجنسه وصفته وذرعه ، وما كان في معناه لا يجوز السلف في البطيخ ولا القثاء ، ولا الخيار ، ولا الرمان ولا السفرجل ، ولا الفرسك ولا الجوز ، ولا البيض أي بيض كان دجاج ، أو حمام ، أو غيره ، وكذلك ما سواه مما يتبايعه الناس عددا غير ما استثنيت ، وما كان في معناه لاختلاف العدد ولا شيء يضبط من صفة أو بيع عدد فيكون مجهولاً ، إلا أن يقدر على أن يكال أو يوزن فيضبط بالوزن ، والكيل . .

وما كان غير متقارب فباطل .

وقال الأوزاعي : وسئل عن السلف في الحيتان الطرية ؟ (قال) : لا يصلح لأنها ليست في أيدي الناس وهو غرر (حدثت بذلك عن الوليد عنه) .

[1]**وقال الشافعي** : [2]إذا كان السلف فيها يحل في وقت لا ينقطع ما أسلف[3] فيه من أيدي الناس بذلك البلد جاز السلف فيها . [4]وإذا كان الوقت الذي يحل فيه في بلد ينقطع ولا يوجد[5] فيه فلا خير في السلف فيها[6] كالقول في لحم الوحش[7] ويسلم في المالح بوزن والطري[8] ولا يلزم المشتري[9] ذنب السمك من حيث يكون لا لحم فيه ، ويلزمه ما يقع عليه إسم ذنب مما عليه لحم ، ولا[10] يلزمه أن يوزن عليه فيه الرأس ويلزمه ما بين ذلك (حدثني بذلك عنه الربيع) .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا يجوز السلم في السمك الطري ، ويجوز في المالح .

وقال أبو ثور : لا بأس بالسلم فيها إذا وصفت الجنس ، وكان موزوناً ووصف الكبر والصغر والطول والعرض والسمن .

---

(١) ام : الحيتان .
(٢) ام مد : قال الشافعي : إذا كان السلف يحل في وقت الخ : وكذلك ام ق الا : يحل فيها في وقت .
(٣) ن : فيها .
(٤) ام : اذا .
(٥) ام مد : يوجد فلا .
(٦) ام : كما قلنا .
(٧) ام مد : والأنيس ، قال : وإذا أسلم في مليح بوزن أو طري : وزاد في الأم بضعة أسطر .
(٨) ام : قال : والقياس في السلف في لحم الحيتان بوزن لا يلزم .
(٩) ام ق : بوزن ان يوزن عليه الذنب من حيث : وكذلك أم مد إلا : عليه الزيت .
(١٠) ام : يلزم .

واختلفوا في السلم في اللحم

فقال مالك : لا بأس به إذا سمي الوزن (حدثنا بذلك يونس عن ابن وهب عنه) .

(**وقياس قول الثوري**) : إن السلم في اللحم جائز ، إذا بيّن الموضع الذي يأخذ منه ، لأن (من قوله) إن ما حد بوزن فجائز فيه السلم إذا ضبطته الصفة ، وكان لا يخلف في وقت من الأوقات .

وقال الأوزاعي : **وقيل له** : دفعت ديناراً على مائة رطل آخذ منه حاجتي (قال) : لا بأس بذلك ، وإن أردت سفراً ، فلك أن تأخذ منه ما بقي من دينارك (حدثت بذلك عن الوليد عنه) .

[1]**وقال الشافعي** :[2]كل لحم موجود ببلد من البلدان لا[3] يخلف في الوقت الذي يحل فيه ، فالسلف[4] فيه جائز[5] وكل ما كان يخلف في وقت محله فلا خير فيه وإن[6] كان لا[7] يخلف في[7] البلد الذي أسلم فيه[8] ويخلف في بلدة أخرى جاز[9] في البلد الذي لا يخلف فيه[10] ، وفسد في البلد الذي يخلف إلا أن يكون مما لا يتغير في[11] المحمل ، فيحمل ، فأما ما كان رطباً وكان

---

(١) ام : السلف في اللحم .
(٢) ام : قال الشافعي : كل لحم الخ .
(٣) ام مد : يختلف .
(٤) : ام مد : فالسلف جائز .
(٥) أم : وما كان في الوقت الذي يحل فيه يخلف فلا الخ : إلا أن قوله : يخلف : سقط في أم مد .
(٦) ام : كان يكون لا .
(٧) ام : حينه الذي يحل فيه في بلدة .
(٨) ام ق : أو يخلف في بلد أخرى : ام مد : أو يختلف في بلد أخرى
(٩) أم : السلف فيه في البلد الذي .
(١٠) ام : وفسد السلف في .
(١١) أم : الحمل فيحمل من بلد إلى بلد مثل الثياب وما أشبهها فأما ما كان رطباً من المأكول ، وكان إذا حمل من بلد الى بلد .

إذا حمل [١] تغير لم يجز فيه السلف في البلد الذي يخلف فيه وهكذا كل سلعة [٢] .

[٣] (وقال) : [٤] إذا اسلم فيه اشترط لحم ماعز ذكر خصي ، أو ذكر ، أو أنثى فصاعداً أو جدي رضيع ، أو فطيم وسمين ، أو منقّىً من موضع كذا [٥] . [٦] (وقال) : أكره أن يشترط أعجف[٧] وإن شرطا موضعاً من اللحم وُزن ذلك الموضع بما فيه[٨] من العظم لأنه لا يتميز من اللحم (حدثنا بذلك عنه الربيع) . (وقال أبو ثور مثله) .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا يجوز السلم في اللحم .

واختلفوا في السلم في الرؤوس

وقال مالك : وسئل عن : السلم في رؤوس الكباش (فقال) : لا يصلح إلا بصفة معلومة بعضها يكون أسمن من بعض ، وبعضها أصغر من بعض ، ولا يصلح إلا بصفة معلومة . قيل : أرأيت إن سلف فيها بغير صفة ، ثم قضاه فيجاوز عنه ؟ (فقال) : أصل البيع ليس بجائز (أخبرني بذلك يونس عن ابن وهب عنه) .

[٩]**وقال الشافعي** : [١٠]لا يجوز عندي السلف في شيء من الرؤوس من

---

(١) ام مد : يغير .
(٢) وزاد في الأم بضعة أسطر .
(٣) ام ؛ صفة اللحم ، وما يجوز فيه وما لا يجوز .
(٤) ام : قال الشافعي : من أسلم في لحم فلا يجوز فيه حتى يصفه يقول لحم ماعز . .
(٥) وزاد في الأم بضعة أسطر .
(٦) ام : وأكره أن يشترطه اعجف : وزاد بضعة أسطر .
(٧) ام ق : قال : فإن شرط : ام مد : قال : فإذا شرط .
(٨) ام : من عظم لأن العظم لا يتميز .
(٩) الرؤس والأكارع .
(١٠) ام : قال الشافعي : ولا يجوز الخ .

صغارها ولا[1] من كبارها[2] ، ولا الأكارع لأنا لا نجيز السلف في شيء سوى الحيوان حتى[3] يحده[4] بذرع ، أو كيل ، أو وزن فأما عدد[5] فلا وذلك أنه[6] يكون فيه ما يقع عليه اسم الصغير وهو متباين[7] واسم الكبير وهو متباين فإذا لم[8] يُحد فيه كما[9] حددناه في مثله من الوزن[10] والكيل والذرع أجزناه غير محدود .

[11](وقال) : إنما نرى الناس تركوا وزن الرؤوس لما فيها من سقطها الذي يُطرح[12] فلا يؤكل مثل الصوف والشعر عليه[13] وأطراف مشافره ومناخره وجلود خديه ، وما أشبه ذلك مما لا يؤكل ، ولا يعرف قدره منه غير أنه فيه[14] غير قليل فلو[15] وزنوه وزنوا معه غير ما يؤكل من صوف وشعر[16] وغير ذلك ولا[17] يشبه ذلك النوى في التمر لأنه قد يُنتفع بالنوى[18] ، ولا ينتفع به (حدثنا

---

(١) ام : ولا كبارها .
(٢) ن : ولا كارع .
(٣) ن وام ق : يحده : ام مد : نجده .
(٤) أم : في ذرع
(٥) ام : منفرد فلا .
(٦) ام : قد يكون .
(٧) ام : وما يقع عليه اسم .
(٨) ن نجد : ام ق : نجد : ام مد : يجد .
(٩) ام : حددنا .
(١٠) ام : والذرع والكيل .
(١١) أم : وانما نري .
(١٢) أم : ولا .
(١٣) أم : ومثل اطراف .
(١٤) ن : عبد .
(١٥) أم : وزنه .
(١٦) أم : وغيره .
(١٧) أم : يشبه النوى .
(١٨) أم ق : ولا القشر في الجوز ، لأنه قد ينتفع بقشر الجوز ، وهذا لا ينتفع به في شيء : وكذلك أم مدالا : ينتفع بالجوز .

بذلك عنه الربيع) .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : مثل قول الشافعي .

وقال أبو ثور : لا يجوز السلم في الرؤوس[1] والأكارع إذا كانت متباينة إلا وزناً .

وقالوا جميعا غير مالك : لا يجوز السلم في الأُهب والجلود والادُم .

وقال أبو ثور : إن حد منه شيء بطول وعرض وذرع ، أو وزن فجائز ، وإلا فلا .

وقياس قول الثوري : إن السلم في الرؤوس وزنا وعدداً جائز لأن ما يعدّ ويوزن فجائز عنده فيه السلم .

واختلفوا في السلم في اللؤلؤ والزبرجد والياقوت والحجارة التي تكون حلياً

[2]**فقال الشافعي** : لا يجوز السلف في شيء من ذلك[3] (حدثنا بذلك عنه الربيع) . (وعلته)[4] أنه يتفاضل بالثقل والجودة وإن كانت موزونة فإذا تباينت في الوزن كانت غير موزونة أولى أن تتباين (حدثنا بذلك عنه الربيع) .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا يجوز السلم في شيء من ذلك . (وقالوا) : لا يجوز في الزجاج إلا أن يكون مكسوراً .

وقال أبو ثور : لا بأس بالسلم في ذلك إذا كان بصفة ووزن ولون ،

---

(١) ن : ولا كارع

(٢) ام : باب السلف في اللؤلؤ وغيره من متاع أصحاب الجواهر : الا أم ق : الجوهر .

(٣) ام : قال الشافعي لا يجوز عندي السلف في اللؤلؤ ولا في الزبرجد ولا في الياقوت ولا في شيء من الحجارة التي تكون حلياً .

(٤) قوله : انه يتفاضل الخ : مختصر قول الأمام في الأم .

[1]وقد كان أهل الصناعة يتعارفونه .

(**وقياس قول مالك**) : إنه إن كان يوقف على حده وصفته حتى لا يشكل عند المنازعة والخصومة فيه كان جائزا .

(**وقياس قول الثوري**) : أنها إن ضُبطت بحد وصفة فجائز ، وإن لم تضبط فباطل .

ولا بأس بالسلم في الفلوس وزناً (**في قول الشافعي**) .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا يجوز السلم في الفلوس عدداً .

وقال أبو ثور : لا بأس بالسلم فيها عدداً إذا لم تتباين تبايناً شديداً وإن تباينت تباينا شديداً لم يجز السلم فيها إلا وزناً .

وإذا أسلم رجل في طعام ، وقال : جيد ، أو رديء ، أو وسط فالسلم جائز (**في قول مالك والشافعي وأبي حنيفة وأصحابه وأبي ثور**) .

(**وحكى أبو ثور عن الشافعي**) : أنه (قال) : لا يصلح السلم في الرديء . (والذي حكاه الربيع عنه) انه (قال) : لا يجوز إذا قال أردأ الطعام ، أو أجوده لأنه لا يوقف على حد الأجود وإلا ردأ[2] .

ولا بأس بالاستسلاف في الحيوان كله بصفة ، أو بحلية معروفة وبرد مثله إلا ما كان من الإماء (**في قول مالك والشافعي وأبي ثور**) . [3](وعلة الشافعي)[4] أن من استسلف جارية فله أن يردها بعينها ، فإذا كان له [5]ذلك

(١) لعل صوابه : وما قد كان الخ .

(٢) ام : بقية البيع : ولا يجوز أن يقول أجود ما يكون ، لأنه لا يوقف على حده ولا أردأ ما يكون ، لأنه لا يوقف على حده .

(٣) ام : بقية البيع : باب في بيع العروض .

(٤) ام : فلا بأس باستسلاف الحيوان كله إلا الولائد وإنما كرهت استسلاف الولائد لأن من استسلف أمة كان له أن يردها الخ .

(٥) أم : أن يردها بعينها وجعلته مالكاً لها بالسلف جعلته يطأها ويردها .

وهو مالك لها بالسلف كان لـه[١] وطؤها وردهـا . . . وقد[٢] حـاط الله عز وجـل ثم (رسولـه صـلى الله عليـه وسلم) ، ثم المسلمـون الفـروج[٣] فنهى (النبي صلى الله عليه وسلم) أن يخلو بها رجل في حضر ، أو سفر ، ولم يُحرِم ذلك في شيء مما[٤] خُلق غيرها[٥] وجعل الأموال[٦] مبيعة ومرهونة بغير بينة ، ولم يجعل المراة هكذا حتى حاطها فيما[٧] حللها بالولي والشهود[٨] ففـرقنا بـين حكم الفـروج وغيرهـا بما فـرق الله عز وجـل (ورسولـه صلى الله عليـه)[٩] والمسلمون بينهما .

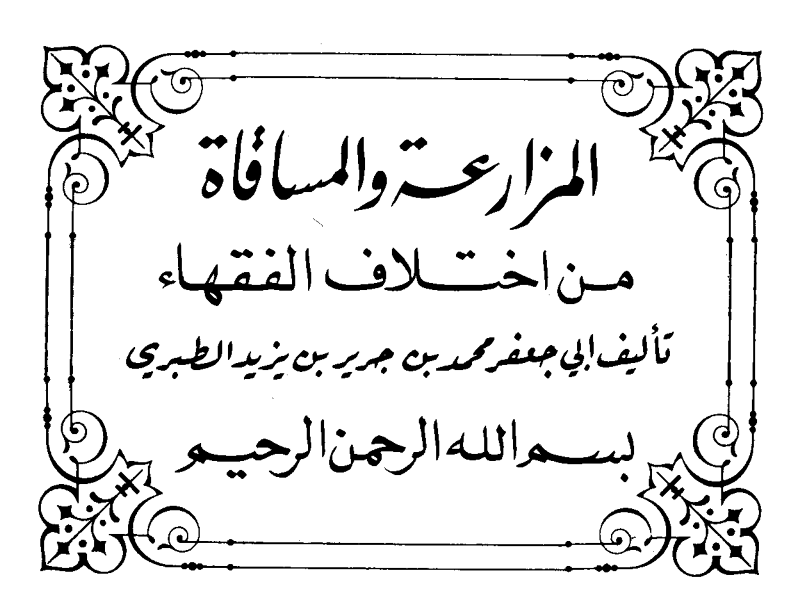
وقـال أبـو حنيفـة وأصحـابــه : لا يجـوز استســلاف الحيـوان كله . (وقـالوا) : إن بـاع المستقرض الحيـوان أجزت ذلـك وضمّنته قيمتـه والدور والثياب والأرضون والسفن (في قولهم) مثل الحيوان .

اخر كتاب البيوع والصرف والسلم وصلى الله على محمد وآله وسلم

وكتب محمد بن احمد بن ابرهيم الإمام

---

(١) ن : وطيها .
(٢) ام مد : أحاط .
(٣) ام : فجعل المرأة لا تنكح والنكاح حلال إلا بولي وشهود ونهى الخ .
(٤) ام : خلق الله .
(٥) ن : جعل .
(٦) ام : مرهونة ومبيعة .
(٧) ام : أحل الله لها .
(٨) ام مد : ففرق .
(٩) ام : ثم المسلمون .



بحمد الله نبتديء واياه نستهدي ، وبه نستعين على كل خطب فإنه لا حول ولا قوة إلا به ، وصلى الله على محمد عبده ورسوله وعلى آله وسلم .

(أجمع العلماء جميعاً لا خلاف[1] بينهم) أن استئجار الرجل من يقوم بسقي نخله والقيام بمصالح ثمره وزراعة أرضه البيضاء وحرثها ومصالحها بأجرة معلومة من الذهب والفضة والعروض والثمار غير ما يخرج من النخل والأرض المستأجر على القيام بها الأجير إلى مدة معلومة وغاية معروفة جائز .

ثم اختلفوا في الرجل يدفع نقله الى رجل يقوم عليه من سقيه وإصلاحه

على أن للمدفوع إليه ذلك بعض ما يخرج من النخل ، أو يدفع إليه أرضه على أن يقوم بعمارتها وزراعتها ولرب الأرض بعض ما تخرج الأرض وللعامل بعض.

(١) ن : بينها .

(١)فقال مالك : (٢)لا ينبغي أن(٣) تساقى الأرض البيضاء ، وذلك أنه يحل لصاحبها كراؤ ها بالدنانير والدراهم ، وما أشبه ذلك من الأثمان المعلومة (٤)فأما الذي(٥) أعطى أرضه البيضاء بالثلث ، أو الربع مما يخرج منها ، فذلك مما يدخله الغرر لأن الزرع يقل مرة ويكثر(٦) مرة ، وربما هلك رأساً فيكون صاحب الأرض قد ترك كراء معلوماً يصلح(٧) له أن يكري(٨) به أرضه وأخذ (٩) غرراً لا يدري أيتم أم لا ، فهذا مكروه ، وإنما مثل ذلك مثل رجل استأجر أجيراً لسفر(١٠) بشيء معلوم ، ثم يقول الذي استأجر الأجير : هل لك أن أعطيك عُشر ما أربح في سفري هذا(١١) أجرة لك ، فلا يحل ذلك(١٢) ولا ينبغي للرجل أن يؤ اجر نفسه ولا أرضه ولا سفينته إلا بشيء معلوم لا يزول إلى غيره . (١٣) وإنما (١٤) فرَق بين المساقاة في النخل والأرض البيضاء إن صاحب النخل لا يقدر على(١٥) بيع ثمرها حتى يبدو(١٦) صلاحها وصاحب الأرض

---

(١) موطأ : كتاب المساقاة : ما جاء في المساقاة .
(٢) م : ولا .
(٣) في بعض نسخ الهند : يساق
(٤) في بعض نسخ الهند وطبع مصر : قال : فأما .
(٥) م : يعطي .
(٦) في بعض نسخ الهند : ويكثر أخرى .
(٧) في طبع تونس وشرح الزرقاني : يصلح أن .
(٨) م : أرضه به .
(٩) م : أمراً غرراً .
(١٠) م : بشيء معلوم ، ثم قال الذي .
(١١) اجارة لك ، فهذا لا يحل .
(١٢) في بعض نسخ الهند وطبع مصر : ولا ينبغي. قال مالك : ولا ينبغي : طبع تونس ، وشرح الزرقاني : ولا ينبغي .
(١٣) في بعض نسخ الهند وطبع مصر : قال مالك : وإنما .
(١٤) ن : فَرْقُ .
(١٥) م : على ان يبيع .
(١٦) م : صلاحه .

يكريها وهي [١] أرض بيضاء لا شيء فيها[٢] . [٣] (وقال) في المساقاة : إذا كان البياض[٤] تبع الأصل ، وكان الأصل أعظم ذلك[٥] وأكثره فلا بأس[٦] بذلك وذلك أن يكون النخل الثلثين ، أو أكثر ويكون البياض الثلث أو[٧]أقل [٨]فإن كان ذلك كذلك جازت المساقاة ، وذلك أن البياض حينئذ [٩]يكون تبعاً للأصل .[١٠]وإذا كانت الأرض البيضاء فيها [١١] الأصل من النخل والكرم ، وما أشبه ذلك من الأصول[١٢] فيكون ذلك الثلث ، أو أقل ويكون البياض الثلثين ، أو أكثر[١٣] فإن ذلك الكراء جائز ولم تقع المساقاة فيه ، وذلك أن أمر الناس على أنهم يساقون الأرض وفيها البياض ، ويكرون البياض[١٤] وفيه الشيء اليسير من الأصل . . .[١٥]ومثل ذلك أنه يباع المصحف وفيه شيء من الحلي من الفضة والسيف ، وفيه مثل ذلك[١٦] بالفضة

---

(١) في بعض نسخ الهند : وهي بيضاء .

(٢) وزاد في الموطأ بضعة أسطر .

(٣) م : قال مالك : إذا كان البياض تبعاً للأصل : طبع مصر : قال : إذا الخ .

(٤) ن : بيع الأرض .

(٥) في بعض نسخ الهند : أو أكثره .

(٦) م : مسافاته .

(٧) م : أقل من ذلك .

(٨) قوله : فإن كان : إلى : المساقاة : ليس في موطأ يحيى .

(٩) م : حينئذ تبع للأصل .

(١٠) م : قال مالك : وإذا .

(١١) م : نخل أو كرم ، أو ما يشبه ذلك .

(١٢) م : فكان الأصل الثلث ، أو أقل والبياض .

(١٣) م : جاز في ذلك الكراء وحرمت فيه المساقاة وذلك أن من أمر الناس أن يساقوا الأصل وفيه البياض وتكرى الأرض وفيها .

(١٤) ن : وفيها .

(١٥) م : أو يباع المصحف ، أو السيف وفيهما الحلية من الورق بالورق ، أو القلادة ، أو الخاتم وفيهما الفصوص والذهب بالدنانير ، ولم تزل هذه البيوع جائزة يتبايعها الناس ويبتاعونها ، ولم يأت في ذلك شيء موصوف موقوف عليه .

(١٦) ن : الفضة .

لم يزل على ذلك بيوع الناس بينهم يبيعونها ويبتاعونها جائزة بينهم ، ولم يأت في ذلك وقت موصوف [1] إذا هو [2] بلغ كان [3] حراماً أو قصر عنه كان حلالاً [4] فكان الذي عمل به الناس [5] وأجازوا بينهم أنه إذا كان [6] ذلك [7] تبعاً لما فيه [8] حل بيعه ، وجاز (حدثني بذلك عن ابن وهب عنه) .

وقال الأوزاعي : وسئل عن الأرض تعطى على النصف ، أو على الثلث ، أو على الثلثين ؟ (فقال) : مكروه (حدثني بذلك ابن البَرْقي قال : حدثنا عمرو بن أبي سلمة التنيسي عنه) .

(**وقال الثوري**) : لا بأس بمزارعة الأرض البيضاء على الثلث والنصف والمعاملة على الثمرة (حدثني بذلك علي عن زيد عنه) .

[9] (**وقال الشافعي**) : [10] السنَّة عن (رسول الله صلى الله عليه وسلم) [11] على معنيين أحدهما أن تجوز المعاملة في النخل على الشيء مما يخرج منها وذلك اتباع لسنة (رسول الله صلى الله عليه وسلم) ، وأن الأصل موجود يدفعه مالكه إلى من عامله عليه أصلاً [12] بثمر ليكون للعامل بعمله المصلح

---

(١) في طبع مصر وشرح الزرقاني : إذ لو .
(٢) م : بلغه .
(٣) ن : جايزاً .
(٤) م : والأمر في ذلك الذي .
(٥) م : وأجازوه فيما بينهم .
(٦) م : الشيء من ذلك : وفي بعض نسخ الهند : الشيء من ذلك فيه
(٧) ن : بيعاً لصاحبه : م : تبعاً لما هو فيه .
(٨) م : جاز بيعه .
(٩) ام : المزارعة .
(١٠) ام : أخبرنا الربيع بن سليمان قال : قال الشافعي : السنة .
(١٢) ام : تدل على .
(١٣) ام مد : بتمر .

للنخل بعض الثمرة ، ولرب المال بعضها ، وإنما أجزنا المقارضة قياساً على المعاملة على النخل ووجدنا رب المال يدفع ماله إلى المقارض يعمل فيه المقارض فيكون له بعمله بعض الفضل الذي يكون[1] في المال المقارض به[2] ولولا القياس على السنة والخبر عن عمر وعثمان رضي الله عنهما بإجازتها أولى ألّا تجوز من المعاملة على النخل ، وذلك أنه قد لا يكون في المال فضل كثير ، وقد يختلف الفضل فيه اختلافاً متبايناً وان[3] ثمرة النخل[4] قل ما تختلف فإذا اختلفت تقارب اختلافها ، وإن كانا قد يجتمعان في أنهما[5] مُغَيَّبانِ معاً يكثر الفضل فيهما ويقل ويختلف .

وتدل سنّة (رسول الله صلى الله عليه وسلم[6]) على ألّا تجوز المزارعة على الثلث ، ولا[7] الربع ولا[8] جزء من أجزاء وذلك أن[9] المزارعة في أرض بيضاء لا أصل فيها ولا زرع ، ثم يستحدث فيها زرعاً ، والزرع ليس بأصل والذي هو في معنى المزارعة الإجارة ، فلا يجوز أن يستأجر الرجل الرجل على أن يعمل له شيئاً الا[10] بأجر معلوم يعلمانه قبل أن[11] يعمله المستأجر لما وصفت من السنة وخلافها للأصل والمال يدفع[12] إذا كان[13] النخل منفرداً

(١) كذا ام ك : ام مد : في المقارض به : ن : في المال والمقارضة .
(٢) ام مد : لولا .
(٣) ام : ثمر .
(٤) ام ك : قل ما يختلف ، وقل ما يختلف : ام مد : قل ما يختلف .
(٥) أم : معنيان .
(٦) ن : وسلم الا .
(٧) ام مد : على الربع .
(٨) ام ك : ولاخر .
(٩) ام : المزارع يقبض الأرض بيضاء .
(١٠) ام : بأجرة .
(١١) ن : يعلمه .
(١٢) ام : وهذا إذا .
(١٣) ام مد : كان منفرداً .

والأرض للزرع[1] منفرداً[2] فإذا كان النخل منفرداً[3] فعامل عليه رجل وشرط أن يزرع ما بين ظهراني النخل على المعاملة ، وكان ما بين ظهراني النخل لا يسقى إلا من ماء النخل ولا يوصل إليه إلا من حيث يوصل إلى النخل كان [4] هذا جائزا ، وكان في حكم ثمرة النخل ومنافعها من الجريد والكرانيف ، وإن كان الزرع منفرداً عن النخل له طريق يؤتى منها ، أو ماء يشرب متى [5] شرب به لا يكون شربه ريا [6] للنخل ولا[7] شرب النخل ريا له لم[8] تحل المعاملة عليه ، وجازت إجارته وذلك أنه[9] حكم المزارعة لا حكم المعاملة على[10] الأرض ، وسواء قل البياض في ذلك ، أو كثر (حدثنا بذلك عنه الربيع) .

[11](قال) : وإن أراد أن يساقي على أرض النخل منفرداً دون النخل فلا يجوز . [12](قال) : وأما المصحف يباع أو السيف وعلى كل واحد منهما حلية من ذهب فلا يجوز أن يباع بالذهب قل الذهب ، أو كثر وذلك[13] أن للذهب الذي عليهما حصة من الذهب الذي اشتراهما به فيدخل في ذلك أن يكون

---

(١) ام : منفردة .

(٢) ام : ويجوز كراء الأرض للزرع بالذهب والفضة والعروض ، كما يجوز كراء المنازل وإجارة العبيد والأحرار ، فإذا الخ .

(٣) ام مد : معامل .

(٤) أم : في هذا .

(٥) أم : شربه .

(٦) قوله : للنخل - إلى - ريا : سقط في أم مد .

(٧) ن : يشرب .

(٨) ن : يجعل .

(٩) ام : في حكم .

(١٠) ام : الأصل .

(١١) قوله : قال : إن أراد الخ : لم أجده في الأم .

(١٢) أم : مسألة بيع المصحف : أخبرنا الربيع قال : الشافعي قال : الخ .

(١٣) ام : لأن الذهب .

الذهب بالذهب متفاضلاً ، أو مجهولاً أو[1] أو بجمعهما[2] وهما لا يحلان إلا مثلاً بمثل وزنا بوزن .

وقال أبو حنيفة : لا تجوز مزارعة الأرض البيضاء ، ولا المعاملة على شيء من الغرس ببعض ما يخرج منها .

وقال يعقوب ومحمد : المزارعة بالثلث والربع جائزة ، وكذلك المعاملة على النخل .

وقال أبو ثور : المزارعة بالثلث والربع ، أو بعض ما يخرج من الأرض باطل لا تجوز ولا نعلم أن (النبي صلى الله عليه وسلم) قاسم أهل خيبر زرعاً ولا أخذ منهم شيئاً ، وإنما كان يبعث بإبن رواحة فيخرص بينه وبينهم النخل ، ولا نعلمه أخذ منهم مما كان في الأرض شيئاً ففي هذا ما يدل[3] على أن ما كان في الأرض من الزرع لا شيء فيه .

(وعلة من قال بقول **مالك**) في[4] كراهية مزارعة الأرض البيضاء وإجازته مساقاة النخل الخبر عن (النبي صلى الله عليه وسلم) بالنهي عن المزارعة على الربع والثلث ، ومعاملته أهل خيبر على النخل ، وأنه كان يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص عليهم .

(وعلة من قال بقول **أبي حنيفة**): في كراهته المزارعة والمساقاة إجماع الكل على أن الأجرة لا تجوز إلا معلومة ، فلما كان العامل في الأرض إنما هو مستأجر الأرض ببعض ما تخرجه الأرض من بذره والخارج من الأرض مجهول لا يُدرى

---

(١) ام ق : يجمعهما : ام مد : يجمعهما .

(٢) ام : جيعا وهما .

(٣) ن : يدل ان .

(٤) ن : كراهيه : ولعل صوابه : كراهته .

كم قدره ، لأنه قد يقل ويكثر ، وقد لا تخرج شيئاً كانت إجارة مجهوله[1] وكانت باطلة قياساً على ما أجمعوا عليه . وكذلك المعاملة على النخل لأن العامل إنما هو أجير ببعض الحادث من الثمر المجهول قدره .

وأما (علة من قال بقول **أبي يوسف ومحمد**) فالقياس على إجماع الكل على جواز المقارضة ، وذلك أصل مال مشروط للعامل فيه من الربح ما قد يوجد ، ولا يوجد وهو مجهول قبل وجوده معلوم عند وجوده فكذلك المزارعة والمعاملة مجهول مبلغ ما لكل واحد منهما قبل حدوث الخارج من الأرض والنخلِ ، معلوم بعد حدوثه منهما فكان حكمهما حكم المقارضة .

(وعلة من قال بقول **مالك**) في إجازة المعاملة على ما يحدث من النخل والأرض[2] معاملة (النبي صلى الله عليه وسلم) أهل خيبر على النخل والزرع .

(وعلة من أبى ذلك)[3] خبر رافع ، وإن ذلك لو جاز في أرض النخل لجاز في الأرض البيضاء .

واختلفوا في كراء الأرض البيضاء بشيء من جنس المكترى له بعد إجماعهم على أنها إذا اكتُريت بالذهب والورق فجائز

[4]**فقال مالك** : [5]وسئل عن : رجل أكرى أرضه بمائة صاع من تمر أو[6] حنطة مما يخرج منها ، أو من غيرها (فكره ذلك) (حدثني بذلك يونس

---

(١) ن : كانت .

(٢) ن : من دون والأرض : وضرب على من دون .

(٣) اي النهي عن المخابرة .

(٤) موطأ : كتاب كراء الأرض .

(٥) م : وسئل مالك عن : رجل أكرى مزرعته بمائة الخ .

(٦) م : أو مما يخرج منها من الحنطة او من غير ما يخرج منها .

عن ابن وهب عنه) .

وقال الشافعي : [1] يجوز كراء الأرض للزرع بالذهب والفضة والعروض ، كما يجوز كراء المنازل وإجارة العبيد والأحرار [2] ولا بأس أن يكري[3] أرضه البيضاء بالتمر ، وبكل ثمرة يحل بيعها إلا أن من الناس من كره أن يكريها ببعض ما يخرج منها . ومن قال هذا القول ، قال : إن زرعت حنطة كرهت كراءها [4] بالحنطة لأنه نُهي أن يكون كراؤها بالثلث والربع . [5]وقد قال غيره : كراؤها بالحنطة ، وإن[6] كان إلى أجل غير ما يخرج منها[7] جائز لأنها حنطة موصوفة لا يلزمه إذا جاء بها على[8] صفته أن يعطيه مما يخرج من الأرض ولو [9] جاءت الأرض بحنطة على غير[10] صفتها لم يكن للمكتري أن يعطيه غير صفته . واذا تعجل المكري الأرض كراءها من الحنطة فلا بأس بذلك في القولين[11] جميعاً (حدثنا بذلك عنه الربيع) .

وقال أبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور : لا بأس بكراء الأرض البيضاء بالذهب والفضة والعروض وكل شيء يجوز أن يكون كراء إلى أجل أو حالاً .

واختلفوا في حكم المزارع على الأرض البيضاء اذا حاكم ربّ الارض وقد زرع

فقال مالك : لرب الأرض مثل أرضه ، والزرع لصاحب البذر (حدثني بذلك يونس عن ابن وهب عنه) .

---

(١) انظر ٢ في ص ١٥٢ .
(٢) ام : كراء الأرض البيضاء : قال الشافعي ولا بأس .
(٣) ام : الرجل ارضه البيضاء بالثمر .
(٤) قوله بالحنطة : إلى كراؤها : سقط في أم مد .
(٥) ام : وقال .
(٦) ام : كانت .
(٧) ام : منها لأنها .
(٨) ام : صفة .
(٩) ام : جازت .
(١٠) ام : صفقتها .
(١١) ام : معاً .

[1]وقال الشافعي : [2]إذا اشترك الرجلان من عند أحدهما الأرض[3] ومن عندهما معاً البذر ومن عندهما معاً[4] البقر ، أو من عند أحدهما ثم تعاملا على أن يزرعا ، أو[5] يزرع أحدهما[6] فما أخرجت الأرض فهو بينهما نصفان أو لأحدهما فيه أكثر[7] مما للآخر ، فلا تجوز المعاملة في هذا[8] إلا على معنى واحد أن يبذرا معاً[9] ويموتا الزرع[10] بالبقر وغيره[11] مونة واحدة ، ويكون رب الأرض متطوعاً بالأرض لرب الزرع فأما على[12] غير هذا الوجه من أن يكون الزارع يحفظ ، أو يمون[13] بقدر ما سلم له رب الأرض الأرض فتكون البقر من عنده ، أو الآلة ، أو الحفظ ، أو ما يكون[14] من صلاح الزرع فالمعاملة على هذا فاسدة ، فإن[15] ترافعا[16] بعدما يعملان فسخت وسلم الزرع لصاحب البذر ، وإن كان البذر منهما معاً فلكل واحد منهما نصفه ، وإن كان من أحدهما فهو للذي له البذر ولصاحب الأرض كراء مثلها . وإذا[17] كانت

---

(١) ام : المزارعة .
(٢) ام : قال الشافعي : إذا اشترك .
(٣) ام مد : او .
(٤) ام : البقرة .
(٥) ام : زرع .
(٦) ام : إنما .
(٧) ن : فما .
(٨) ام مد : لا .
(٩) ام : ويمونان .
(١٠) ام : معا بالبقر .
(١١) ام : موونة .
(١٢) ام مد : على هذا .
(١٣) ام : بقدره أسلم رب الأرض فتكون .
(١٤) ام ك : صلاحاً من صلاح الزرع : ام مد : يكون صلاح .
(١٥) ام : ترافعاها
(١٦) ام ك : قبل أن يعملا فسخت ، وإن ترافعاها بعد الخ .
(١٧) ام : كان .

البقـر من العامـل أو الحفظ[1] أو الإصلاح[2] للزرع ، ولـرب الأرض من البـذر شيء أعطيناه من الطعام حصته ورجع الحافظ وصاحب البقر على رب الأرض بقـدر مـا يلزم حصتـه[3] من الـطعـام من قيمـة عمـل البقر والحفظ ، وما أصلح بـه الـزرع ، (حـدثنـا بـذلـك عنـه الـربيـع) .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : إذا اشترك أربعة في زرع فقال أحدهم : عليّ البذر ، وقال الآخر : عليّ الأرض ، وقال الآخر عليّ العمل وقال الآخر : على البقر ، فعملوا على ذلك فسلم الزرع كان الـزرع كله لصاحب البـذر ، وعلى صاحب البذر أجر مثل البقر ، وأجر مثل الـرجل العـامل ، وأجـر مثل الأرض ويُنظر صاحب الزرع فيما بينه وبين الله عز وجل من غير أن يجبر على ذلك ، ويُنظَر إلى الزرع فيخرج منه بذره فيسلم له طيباً ، ثم يُنظَر إلى قدر ما غرم من الأجر لصاحب العمل وصاحب الأرض ، وصاحب البقر فيأخذ مثل ذلك مما بقي فإن بقي شيء بعد ذلك تصدق ولم يأكله .

ولو دفع رجـل إلى[4] رجل أرضـاً وبذراً عـلى أن يعمل الآخـر في ذلك بنفسه ، وأجرائه وبقره سنة فما أخرج الله عز وجل من ذلك من شيء فلصاحب الأرض والبذر النصف ، ولصاحب العمل النصف فإن ذلك باطـل (في قول أبي حنيفة) . وكذلك لو دفع إليه أرضاً على أن يزرعها ببذره وبقره وأعوانه فما خرج من شيء فلصاحب الأرض منه كذا فزرعها فما خرج من شيء فلصاحب البذر (في قول أبي حنيفة) وهي معاملة فاسدة .

وقال أبو يوسف ومحمد : في المسألتين جميعاً هما على مـا تشارطـا عليه

---

(١) ام ك : والأصلاح : ام مد : واصلاح .

(٢) ام : الزرع .

(٣) ام : مثل الطعام . . .

(٤) ن : ارجل .

وهذه معاملة جائزة ، ولـو لم تخرج الأرض شيئـاً لم يكن لصاحب الأرض ولا لصاحب العمل شيء . وكذلك لو كان البذر والبقر والأرض لـواحد ، وقـال لآخر : اعمل فيها فما أخرج الله عز وجل من شيء فلك منه كـذا كان ذلـك جائزاً (في قولهم) على ما تشارطـا . (وقالا) : لـو أن صاحب الأرض دفـع الأرض على أن الأرض والبقر عليه ، وعلى الآخر العمل والبذر كانت [1]أجرة فاسدة ، وكان الزرع لصاحب البذر والعمل ، وعليه أجر البقر والأرض ويأخذ من ذلك صاحب البذر ما بذر وما غرم ويتصدق بالفضل . (قـالا) : ولو لم تخرج الأرض شيئاً غرم صاحب البذر أجر البقر والأرض من قبل أن البقـر لا يجوز أن تُكترى ببعض ما يخرج من الأرض ، والأرض [2]لا يجـوز أن تكترى ببعض ما يخرج منها .

وقال أبو ثور : إذا اشترك أربعة في زرع فقال أحدهم : عليّ البذر وقال الآخر : عليّ الأرض وقـال الآخر عـليّ العمل ، وقـال الآخر : عـليّ البقر ، فعملوا على ذلك فسلم الزرع فما خرج من ذلك فلصاحب البذر ، ولصاحب البقر عليه كراء بقره ، ولصاحب العمل كراء مثله ولصاحب الأرض مثل كراء أرضه ، وذلك كله على صاحب البذر .

وإذا دفع رجل إلى رجل أرضاً وبذراً على أن يعمل الآخر في ذلك بنفسه وأجرائه وبقره سنة فما أخرج الله عز وجل من ذلك من شيء فلصاحب الأرض والبذر النصف ولصاحب العمل النصف ، فذلك باطل لا يجوز . فـإن عمل على ذلك كان لصاحب العمل كراء مثله وكراء مثل أجرائه وبقره ، وكان الزرع لصاحب الأرض والبذر .

---

(١) كذا في النسخة ، ولعل صوابه : إجارة .

(٢)ن : والأرض تجوز .

وأجمع الذين أجازوا المساقاة على إجازتها في النخل والكرم . ثم اختلفوا في اجازتها في غيرهما من الغروس والزرع

[١]**فقال مالك** : [٢] المساقاة في [٣] كل أصل نخل ، أو كرم ، أو زيتون ، أو تين ، أو رمان ، أو فرسك ، أو أشبه ذلك من الأصول جائز[٤] (قال) .[٥] والمساقاة أيضاً[٦] في الزرع إذا خرج واستقل فعجز صاحبه عن سقيه وعمله وعلاجه فالمساقاة[٧] أيضا في ذلك جائزة (حدثني بذلك يونس عن ابن وهب عنه) .

[٨](**وقال الشافعي**) : [٩] المساقاة جائزة في النخل والكرم لأن (رسول الله صلى الله عليه وسلم) أخذ [١٠] منها بالخرص وساقى على النخل وثمرها مجتمع لا حائل دونه ، وليس هكذا[١١] شيء من الثمر ، الثمر كله دونه حائل وهو متفرق غير مجتمع [١٢] فلا تجوز المساقاة في شيء غير النخل[١٣] والعنب وهي في الزرع أبعد من أن

---

(١) موطأ : كتاب المساقاة : ما جاء في المساقاة .

(٢) م : قال : السنة في المساقاة عندنا أنها تكون في .

(٣) في بعض نسخ الهند وشرح الزرقاني : أصل كل كرم أو نخل .

(٤) م : لا بأس به على ان لرب المال نصف الثمر أو ثلثه أو ربعه أو أكثر من ذلك أو أقله : إلا أن في بعض نسخ الهند وطبع مصر : الثمر من ذلك ، أو ثلثه الخ .

(٥) في بعض نسخ الهند وطبع مصر : قال مالك والمساقاة : طبع تونس وشرح الزرقاني : والمساقاة .

(٦) م : تجوز في : وفي بعض نسخ الهند : يجوز في .

(٧) م : في ذلك أيضاً جائزة : إلا في بعض نسخ الهند : في ذلك جائز .

(٨) ام : المساقاة .

(٩) قال الشافعي : والمساقاة .

(١٠) ام : فيها .

(١١) ام : بشيء من التمر كله .

(١٢) ام : ولا .

(١٣) م مد : والكرم وهي الخ .

تجوز ، ولـو جـازت إذا عجـز عنـه صـاحبـه جـازت إذا عجـز صـاحب الأرض عن زرعهـا أن يـزرع فيهـا عـلى الثلث والـربـع ، وقـد نهى (رسول الله ﷺ) عنها (حدثنا بذلك عنه الربيع) .

وقـال أبـو حنيفـة : لا تجـوز المعـامـلة في شـيء مـن الأصـول وغيرها .

(وقـال أبـو يـوسف ومحمـد) : إن دفـع رجـل إلى رجـل أرضـاً معـاملة وفيها نخـل ، أو شجـر ، أو رطـاب ، أو بـاذنجـان ، أو مـا يكـون لـه ثمر قـائم ، أو لا ثمر لـه من الزرع ، فـذلك جـائز إذا بـين ما للعـامـل ورب الأرض من ذلك .

وقـال أبـو ثـور : لا بـأس بـالمعـاملة في كـل أصـل قـائم لـه ثمـر ، أو لا ثمر له .

(وعلة مـالـك ومن قـال بقـولـه) القيـاس عـلى معـاملة (النبي ﷺ) اهـل خيبـر عـلى النخـل ، وهـو أصـل ، فكـان كـل أصـل في معنـاه جائز فيه المعاملة .

(وعلة من قال بقول **الشافعي**) : إن العامل في معنى الأجير ، وقد أجمع الـكـل أن الإجـارة لا تجـوز إلا أن تـكـون مـعلومـة ، فـالمـعـامـلة بـاطلة إلا فيـما أجـاز (النبي ﷺ) المعـاملة فيـه ، أو خصتـه حجـة يجب التسليم لها .

وقد ذكرنا (**علة أبي حنيفة** وأصحابه) فيما مضى قبل .

(**وأجمـع القـائلون بـإجازة المسـاقـاة**) إن لـرب الأرض أن يسـاقي العـامـل ببعض مـا تخـرجـه نخله في كـل وقت من وقت جـداد النخـل إلى أن يـطيب الثمـر ، ويحل بيعـه ، وكـذلـك في كـل مـا جـازت فيـه المعـاملة

إن ساقاه وعامله قبل ظهور الثمرة ، أو بعد أن تؤبر النخل ، أو في حال إطلاعه .

وأجمعوا أيضاً جميعاً على أن المعاملة على أصول الرَطْبة إلى غير وقت مسمى باطلة ، وذلك أن الرطبة ليس لنباتها غاية يوقف عليها .

إلا أن (**أبا ثور** قال فيها قولين) : **أحدهما** هذا ، **والقول الآخر** إنها على أول جزة ، كما تكون النخل على أول الثمرة . (قال) : والأول أحب إليّ .

وقال أبو يوسف ومحمد : لو كانت للرطبة غاية تذهب ، ثم تعود كان جائزاً ، والمعاملة على ذلك على أول جزة .

واختلفوا في المعاملة ببعض تمر المساقى عليه بعد بدو الصلاح ووقت جواز البيع

[١]**فقال مالك** :[٢]لا يساقى في شيء من الأصل مما تحل[٣] فيه المساقاة إذا كان فيه ثمر قد[٤] بدا صلاحه وطاب وحل بيعه[٥]من الثمار[٦] وحدّه ، لأنه إنما[٧]ساقاه صاحب الأصل[٨]على ثمر قد بدا صلاحه على أن يكفيه إياه[٩]ويحذه

---

(١) م : كتاب المساقاة : ما جاء في المساقاة .

(٢) طبع مصر : قال مالك : لا تصلح المساقاة في شيء من الأصول : في بعض نسخ الهند : قال مالك : لا يصلح الخ : طبع تونس وزرقاني : ولا تصلح الخ .

(٣) في بعض نسخ الهند : تحل المساقاة .

(٤) م : قد طاب وبدأ صلاحه .

(٥) م : وإنما ينبغي أن يساقى من العام المقبل ، وإنما مساقاة ما حل بيعه من الثمار إجارة لأنه الخ : إلا أن في بعض نسخ الهند : ما قد حل : وفي شرح الزرقاني : وأما مساقاة .

(٦) ن : وحده : بحاء صغيرة تحت الحاء .

(٧) م : ساقي : إلا في بعض نسخ الهند .

(٨) م : ثمرا .

(٩) ن : ويحده : بحاء صغيرة تحت الحاء : م : ويجذّه .

(1) له (2) فإنما هو بمنزلة الدنانير والدراهم يعطيه (3) إياها(4) ليس ذلك بالمساقاة(5) إنما المساقاة(6) بين أن(7) يجذ النخل إلى أن يطيب الثمر ويحل(8) بيعه (9) ، (وقال) في رجل ساقى ثمراً في أصل قبل أن يبدو صلاحه ويحل بيعه فتلك المساقاة بعينها جائزة (حدثني بذلك يونس عن ابن وهب عنه) .

وقال أبو يوسف ومحمد : إذا دفع رجل إلى رجل نخلا فيه طلع أو بسر قد اخضرّ ، أو أحمرّ ، أو قد انتهى وعظم ولم يرطب فلا تجوز المعاملة فيه وإن كان يزداد فالمعاملة جائزة ، وإذا عامله عليه وقد انتهى فقام عليه وحفظَه كانت الثمرة لصاحب النخل وللعامل كراء مثله ، وكذلك الكرم والشجر وكل شيء له أصل قائم تجوز المعاملة عليه ، (وقالا) : إن دفع رجل الى رجل رَطْبة قد صارت قَدّاحا معاملة ،على أن يسقيها ويقوم عليها فما كان فيها من شيء فبينهما نصفان سنة ، أو أشهر معلومة ، فذلك جائز ، وإن دفعها وقد انتهت ولم يخرج لها بزر فقال : قم عليها حتى يخرج بزرها ، فما كان من شيء فهو بيننا نصفان من البزر والرطبة فهي معاملة فاسدة والرطبة والبزر لصاحب الأرض وللعامل كراء مثله . (قالا) : وإن كانت الرطبة انتهت فعامله على البزر فجائز وما خرج من بزر فهو بينهما نصفان والرطبة لصاحبها . (قالا) : وإن

---

(1) قوله : له : ليس في طبع تونس .
(2) م : بمنزلة .
(3) ن : إياه .
(4) م : وليس .
(5) م : وإنما .
(6) م : ما بين .
(7) ن : يُحَد : بحاء صغيرة تحت الحاء : م : يجذ .
(8) ن : ويحل وقال .
(9) في بعض نسخ الهند وطبع مصر : قال مالك : ومن ساقى ثمراً : طبع تونس وزرقاني : ومن الخ .
(10) ن : وكانت .

دفع إليه الرطبة وهي قداح على أن يقوم عليها ويسقيها حتى يخرج بـزرها فـما أخرج الله عز وجل من شيء فالرطبة والبزر بينهما نصفان كانت معاملة جائزة .

وقال أبو ثور : إذا دفع رجل إلى رجل نخلا فيه طلع أو بسر قد اخضرّ أو احمرّ ، أو قد انتهى وعـظم ، وليس يُطعِم بعـد ولم يرطب وكـان يحتاج إلى سقي وتعاهُد حتى يرطب ويصير ثمراً كانت هذه المعاملة جائزة ، وإن كان إذا عظم وانتهى لم يحتج إلى القيام عليه، كانت المعاملة في ذلك باطلة ،وفيما دون ذلك جائزة . وان عامله عليه وقد انتهى فكانت المعاملة فاسـدة فقام عليـه وحفظه كانت الثمرة لصاحب النخل وللعامل كراء مثله، وكذلك الكرم والشجر وكل شيء له أصل قائم . (قال) واذا دفع الرجل الى الرجل رطبة قد صارت قداحا مثل قول أبي يوسف . (وقال) ان دفعها وقد انتهت ولم يخرج لها بزر فقال قم عليها حتى يخرج بزرها فما كان من شيء فبيننا[1] نصفان من البزر والرطبة فهذا جائز وذلك ان خروج البزر زيادة فيها وكذلك ما كان من زيادة تحدث كان ذلك جائزاً .

واختلفوا في حكمها اذا دفع اليه نخلا او شجراً قد علق في الأرض ولم يطعم على ان ما خرج من شيء فبينهما على ما اشترطا

فقال مالك : لا يجوز أن يساقى على شجر لم يثمر لأنه تعظم مؤ ونته، وانما تجوز المساقاة فيما خفّت مؤ ونته (حدثنا بذلك يونس عن ابن وهب عنه) .

وقال أبو يوسف ومحمد : اذا لم يكن الشجر أطعم وان كان قد علق في الأرض فالمعاملة عليها فاسدة . فان عمل العامل فما خرج من ذلك من شيء فلرب الأرض وما عمل فله كراء مثله . (**قالا**) وان دفـع اليه سنـين على ان

(١) ن : نصفين .

يقوم عليه ويلقحه فما أخرج الله عز وجل من ذلك من شيء فهو والأصول بينهما نصفان كان جائزاً . (قالا) واذا أطعم الشجر وبلغ فليس لربه أن يعطيه معاملة على ان يكون للعامل نصفه وانما تجوز المعاملة عند ذلك على الثمرة .

(وقال أبو ثور) اذا كانت الاشجار والنخيل قد علقت ولم تطعم فالمعاملة على ان ما أخرج الله عز وجل من شيء[1] بينهما على ما تشارطا جائزة اذا كانت معاملة على سنين معلومة . ولو دفعها معاملة سنين معلومة على ان ما أخرج الله عز وجل فبينهما نصفان مع الأصول كانت معاملة فاسدة .

واختلفوا في حكم الدافع أرضه الى رجل على ان يغرس المدفوعة إليه الأرض على ان ما أخرج الله من غرس فبينهما

فقال مالك :، (فيما حدثني يونس عن أشهب عنه) انه سئل عن الرجل يعطي الرجل الأرض البيضاء فيقول له : اغرس هذه نخلا أو رمانا فإذا بلغت فهي بيني وبينك . (فقال) : لا بأس بذلك لم يزل هذا من أمر الناس عندنا[2] ها هنا ثم[3] قيل : أرأيت الرمان أيطول ثبوتها اذا غُرست ورمانها[4] (فقال) : نعم انها دوحة من الدوح .[5] وقلت له : اذا غرس هذا الغارس وبلغ الأصل كان له نصف ذلك ،ان شاء باع وان شاء قاسمه (فقال) : نعم اذا غرسه ان شاء باع نصفه ،وان شاء قاسمه يصنع به ما شاء[5]. فقلت له : ولا يكون ذلك حتى يثبت الأصل . (فقال) : نعم .

(وعلى قول الشافعي) المعاملة على ذلك باطلة .

---

(١) لعل صوابه : فبينهما .

(٢) يعني المدينة المنورة .

(٣) ن : قال .

(٤) ن : فقيل .

(٥) اي اشهب .

(وهو قول أبي حنيفة) .

(وقال أبو يوسف ومحمد) لا بأس بذلك .(وقالا) : اذا دفع رجل الى رجل أرضاً بيضاء وغرساً ، فقال : اغرس أرضي هذه ، وقم عليها واسقها فما أخرج الله عز وجل من شيء فهو بيننا نصفان فعمل على ذلك فما خرج من شيء فلرب الأرض ، وعليه كراء العامل .

(وقالا) : إن دفع رجل إلى رجل أرضاً بيضاء على أن يغرسها نخلاً وشجراً وكرماً سنين على أن ما أخرج الله عز وجل من ذلك من شيء فهو بينهما نصفان مع الأرض ، فهي معاملة فاسدة فإن أخذها على هذا وعمل فيها فما أخرجت الأرض من شيء فلصاحب الأرض ولصاحب الغرس قيمة غرسه وأجر مثله لأنه حين اشترط شيئاً من الأرض يغرسها كان ما غرس لصاحب الأرض .

(قالا) : وكذلك لو قال رب الأرض أغرسها على أن ما خرج من شيء فبيننا نصفان وعلى أن لك مائة درهم أوكر حنطة أو عرضاً من العروض .
(وقالا) : لو دفع رجل إلى رجل أرضا بيضاء على أن يزرعها كراً من حنطة سنةً ويقوم عليها ويسقيه فما أخرج الله عز وجل من شيء ، فبينهما نصفان ، وعلى أن للمزارع على رب الأرض مائة درهم أو شيئاً من العروض موصوفاً أو بعينه فعمل على ذلك كان ما خرج من شيء لرب الأرض وللزارع عليه كر مثل كره وأجر مثله أخرجت الأرض شيئا أو لم تخرج .

وإن دفع رجل إلى رجل أرضاً على أن يزرعها ويغرسها ما شاء من غلة الصيف والشتاء ، فما أخرج الله من شيء فبينهما نصفان وعلى أن لرب الأرض على الزارع مائة درهم فعمل على ذلك فما خرج من شيء فهو للمزارع وعليه

كراء مثل أرضه يأخذ من ذلك ما لزمه ويتصدق بالفضل .

فإن كان البذر والغرس من عند رب الأرض واشترط رب الأرض على العامل مائة درهم يعطيه على أن ما خرج من شيء فبينهما كانت معاملة فاسدة ، وما خرج من شيء فللمزارع وعليه قيمة الغرس ، ومثل البذر وأجر الأرض ، وذلك أن المزارع كأنه اشترى غرسه وبذره واستأجر أرضه بمائة درهم ونصف ما خرج منها . (قالا) : ولو دفع رجل إلى رجل نخلاً أو شجراً أو كرماً فقال : قم عليه واسقه ولقح نخله ، واكسَحْ كرمه ، فما خرح من شيء فبيني وبينك ولك عليّ مائة درهم ، أو قال صاحب الأرض للعامل: لي عليك مائة درهم، أو قال : اعمله لنفسك ، أو اعمله لي ، أو قال : اعمله ، ولم يقل لي ، ولا لك فذلك كله سواء فما خرج من ذلك من شيء فهو لصاحب الأرض وللعامل كراء مثله.

وقال أبو ثور : إذا دفع رجل إلى رجل أرضاً بيضاء على أن يغرسها نخلاً وشجراً وكرماً سنين على أن ما أخرج الله عز وجل من ذلك من شيء فهو بينهما نصفان ، وكذلك الأرض بينهما نصفان فهذه معاملة فاسدة ، فإن أخذها على هذا وعمل فيها فما أخرجت الأرض من ثمرة فلصاحب الغرس ويقلع غرسه ، ويكون له على صاحب الأرض ما بين غرسه قائماً ومقلوعاً وذلك أنه غره ويكون لصاحب الأرض على صاحب الغرس كراء مثل أرضه وما نقص أرضه وذلك أنه غره .

واي موضع أفسدنا المعاملة وقد زرع ، أو غرس العامل فالزرع لرب البذر والغرسُ لربه كان اشترط الذي له البذر على الآخر دراهم ، أو لم يشترط ، أو اشترط الذي ليس له من البذر والغرس شيء أو لم يشترط . وإن دفع رجل الى رجل أرضاً بيضاء وغرساً ، فقال : اغرس أرضي هذه فما أخرج الله من شيء فلرب الأرض ، وعليه مثل كراء العامل .

واختلف الذين أجازوا المعاملة على النخل والأصول فيما يجوز اشتراطه على العدل

[1](فقال مالك) :[2] في السُّنَّة في المساقاة التي يجوز[3] لصاحب الأرض أن يشترطها على[4] المساقي[5] سد الحظار وخم العين[6] وسرو الشرب[7] وإبار النخل وقطع الجريد[8] وجدّ الثمر[9] وما أشبهه على أن للمساقي شطر الثمر ، أو أقل من ذلك ، أو اكثر إذا تراضيا عليه غير أن صاحب الأصل لا يشترط[10] على من ساقى عملاً جديداً يحدثه فيها من بئر يحفرها ، أو عين يرفعها ، أو غراس يغرسه يأتي به من عنده ،أو ضفيرة يثبتها تعظم فيها[11] ، وإنما ذلك بمنزلة أن يقول رب الحائط لرجل من الناس: ابن لي ها هنا بيتاً أو احفر لي بئراً أو أجر لي عيناً ، أو اعمل لي عملاً بنصف ثمر حائطي هذا قبل أن يطيب ثمر الحائط[12] ويجوز بيعه فهذا بيع الثمر قبل أن

(١) موطأ : كتاب المساقاة : ما جاء في المساقاة .
(٢) في طبع تونس وشرح الزرقاني : والسنة : وفي بعض نسخ الهند وطبع مصر : قال مالك : السنة .
(٣) م : لرب الحائط .
(٤) ن : المساقي .
(٥) م : شد : قال الزرقاني : بالشين المنقوطة وهو الأكثر عن مالك أي تحصين الزروب ، ويروى عنه بالسين المهملة أي سد الثلمة .
(٦) ن : شروى .
(٧) في بعض نسخ الهند وشرح الزرقاني : الإبّار : قال الزرقاني : بكسر الهمزة وشد الموحدة .
(٨) م : وجذ : إلا طبع مصر .
(٩) م : وأشباهه على أن الخ .
(١٠) م : ابتداء عمل جديد يحدثه العامل فيها من بئر يحتفرها ، أو عين يرفع رأسها ، أو غراس يغرسه فيها يأتي بأصل ذلك من عنده ، أو ضفيرة يبنيها تعظم فيها نفقته : إلا أن بعض نسخ الهند : يحدثه فيها من بئر يحفرها أو عين يرفع في رأسها .
(١١) وفي بعض نسخ الهند : قال مالك : وإنما .
(١٢) م : ويحل بيعه .

يبدو صلاحه ، وقد نهى (رسول الله ﷺ) عن[13] ذلك[14] فأما إذا طاب الثمر[15] وحل بيعه ، ثم قال رجل لرجل : اعمل لي بعض هذه الأعمال[1] بنصف ثمر حائطي[2] فإنما استأجره بشيء[3] معلوم معروف قد رآه ورضيه . [4]وأما المساقاة فإنه إن لم يكن للحائط ثمر أو قل[5] أو فسد فليس له إلا ذلك (حدثني بذلك يونس عن ابن وهب عنه)[6] .

(وحدثني يونس عن أشهب قال سئل **مالك**) عن الشرط على الرجل الداخل في المساقاة أن[7] عليك اصلاح القُفّة والتلّ والزرنوق(فقال) : لا بأس بذلك إلا الزرنوق فلا يُشترط عليه، أرايت لو انهدم البئر أيكون عليه؟ **وسئل** فقال له رجل : ساقيت حائطي وشرطت على الداخل أن عليه نقل تراب قد راه وعرفه (فقال) : أصل السقاء ليس بجائز وما أراه حسنا في ذلك أنك شرطت عليه نقل ذلك التراب ، وإنما كان يكون عليك (قال) : ولا بأس أن لا يشترط رب الحائط على الداخل الخرص ولا يصلح أن يشترطه الداخل على رب الأرض .

---

(١) م . بيع الثمار حتى يبدو صلاحها .

(٢) وفي بعض نسخ الهند وطبع مصر : قال مالك : فأما .

(٣) م : وبدا صلاحه وحل .

(٤) م : لعمل يسميه بنصف ثمر حائطي هذا ، فلا بأس بذلك .

(٥) م : وإنما : إلا أن في بعض نسخ الهند وطبع تونس : إنما : وذكر في بعض نسخ الهند أن في نسخة : فإنما .

(٦) م : معروف معلوم .

(٧) م : فاما : إلا أن في بعض نسخ الهند : وأما : وفي بعضها : قال فأما .

(٨)م : ثمره او .

(٩) قال ابن المنذر في كتاب المساقاة من الأشراف : باب ذكر الشروط التي يشترطها رب النخل والعامل . قال ابو بكر : قال مالك بن أنس : لا بأس أن يشترط صاحب الأرض على المساقي شد الحظار ، وخم العين وسرو الشرب وإبار النخل وقطع الجريد وحداد الثمرة ولا ينبغي أن يشترط عليه بئرا يحفرها أو عيناً يرفع في رأسها ، أو غراساً يغرسه فيها يأتي به من عنده أو ضفيرة يبنيها تعظم فيها نفقته

(١٠) لعل صوابه : عليه .

[1](وقال الشافعي) :[2] كلما كان مستزاداً في[3] الثمر من إصلاح[4] الماء وطريق الماء وتصريف الجريد[5] وأبار النخل وقطع الحشيش الذي يُضر بالنخل ، وينشف عنه الماء حتى يُضر بثمرتها جاز شرطه على المساقاة فأما سد[6] الحظّار فليس فيه مستزاد[7] ، ولا صلاح[8] في الثمر[9] ، ولا يصلح شرطه على المساقي . فإن قال : فإن أصلح للنخل أن[10] تسد الحظار[11] كذلك أصلح لها أن يبنى عليها[12] حظار لم[13] تكن وليس هذا[14] الإصلاح من الاستزادة في شيء من النخل إنما هو دفع الداخل ، (حدثنا بذلك عنه الربيع)[15] .

وقال ابو يوسف ومحمد : إن اشترط رب النخل أو الغرس على العامل على أن يقوم عليه ويكسحه ويلحقه ويسقيه فذلك جائز ، فإن اشترط عليه صرام الثمرة أو لقاط الرطب أو جداد البُسر أو لُقَاط ما يُلْقَطْ مثل الباذنجان وثمر الشجر فذلك باطل والمعاملة على هذا الشرط فاسدة ، فإن عمل كان له

---

(١) ام : المساقاة .
(٢) ام : قال : وكلما .
(٣) ام : الثمرة .
(٤) ام ك : للما : ام مد : للمار .
(٥) ام ك : واسار : ام مد : وأنبار . . .
(٦) ام : الحيطان .
(٧) ام ك : لاصلاح : ام مد : الاصلاح .
(٨) ام : من الثمرة .
(٩) ام مد : فلا .
(١٠) ام : سد الحيطان .
(١١) ام : فكذلك .
(١٢) ام مد : خطاء .
(١٣) ام : يكن وهو لا يجيزه في المساقاة وليس الخ .
(١٤) ن : الصلاح : ام ك : لاصلاح .
(١٥) اشراف : وقال الشافعي : كل ما كان يستراد في التمر من إصلاح الماء وطريقه وتصريف الجريد وأبار النخل وقطع الحشيش الذي يضر بالنخل ، وينشف عنه الماء جاز شرطه على المساقي ، وأما شد الحظار فلا يصلح شرطه على الساقي . . .

كراء مثله . وما أخرج النخل من شيء فلصاحبه ، وكذلك إن اشترط أحدهما على صاحبه الحصاد أو الدياسة ، أو حمله إلى موضع من المواضع كانت مزارعة فاسدة .

(قال) : وإذا استحصد الزرع فالحصاد عليهما جميعاً في المزارعة الصحيحة . وكذلك لو كان قصيلاً فأراد بيعه لم يكن على واحد منهما جزّه وكان عليهما جميعا .

(وقالا) : الحفظ على المزارع حتى يجفّ الزرع ويستحصد فإذا صار كذلك فمنعهم السلطان من الحصاد كان الحفظ عليهما جميعاً ، وكذلك الثمر إذا صار تمراً أو إلى الجداد فالجداد عليهما جميعاً على قدر ما لهما[1] .

وقال أبو ثور : على العامل سقيه وكسحه وتلقيحه . فإن اشترط صاحب الأرض في ذلك صرام النخل ، أو لقاط الرطب ، أو لقاط ما يلقط مثل الباذنجان وثمر الشجر فإن في هذا **قولين أحدهما** : إن هذا جائز كما جاز لقحه وكسحه وغير ذلك ، والآخر إن هذا ليس مما يكون في المعاملة وذلك أن الثمرة إذا ادركت فقد انقضت المعاملة وصارت بينهما على ما اشترطا ، ولكل واحد منهما أن يأخذ حقه ويلزمه من الأجرة في صرامها ولقاطها ما يصيبه بقدر ما له فيها[2] .

(وأجمع الذين أجازوا المساقاة) على أن للرجل أن يعقد عقدة مساقاة على سنين وإن كثرت إذا كانت معلومة محصورة بقدر يبينانه .

---

(١) اشراف : وقال يعقوب ومحمد : إن اشترط عليه أن يقوم عليه ويكسحه ويلقحه ويسقيه،فذلك جائز ، وإن اشترط عليه صرام الثمر ولقاط الرطب ، أو إحداد التمر ولقاط ما يلقط مثل : الباذنجان وثمر الشجر ، فذلك باطل والمعاملة على هذه الشروط فاسدة ، فإن عمل كان له كرا مثله ، وما أخرج النخل من شيء فهو لصاحبه .

(٢) اشراف : وقال أبو ثور في قيام العامل عليه وكسحه وسقيه وتلقيحه كما قال يعقوب ومحمد ، فإن اشترط رب الأرض على العامل في ذلك صرام النخل ، أو لقاط الرطب ، أو حداد الثمر ، أو لقاط مثل الباذنجان وثمر الشجر فيه قولان : أحدهما إنه جائز ، والآخر إن هذا ليس مما يكون في المعاملة وذلك أن الثمرة إذا أدركت فقد انقضت المعاملة ، وصارت بينهما على ما اشترطا . .

ثم اختلفوا في فسخ ما تعاقدا من ذلك بينهما إذا كان المريد للفسخ احدهما دون صاحبه

فقال مالك : اذا دخل المساقي في الحائط فلا يجوز لصاحب الحائط أن يخرجه منه حتى يُتم عمله في المساقاة ، وليس للداخل أن يخرج أيضاً حتى تتم مساقاته ، وإن ناساً ليقولون للداخل أن يخرج إذا بدا له ، وما يعجبني ذلك وما أراه له حتى يفرغ من شرطه إلا أن يتراضيا (حدثني بذلك يونس عن أشهب عنه) . [1] قال وسئل عن : المساقي يسقي الشهر ، ثم تنهدم البئر ، أو تُعوَّر العين ؟ (فقال) : إن كان الثمر قد جفّ فهو على مساقاته يقاسمه ، وإن لم يكن جفّ فإن أحبّ الداخل أن يُعمر ويكون على مساقاته وإن أحبّ ترك المساقاة . قيل له : أرأيت إن ترك المساقاة أيكون له من الثمر بقدر ما عمل وسقى ؟ (فقال) : ما أدري .

(وعلى **قول الشافعي**) : إذا تعاقدا بينهما المساقاة إلى أجل معلوم فليس لواحد منهما أن يفسخها إلا برضى الآخر واجتماعهما على الفسخ .

وقال أبو يوسف ومحمد : إذا وقعت عقدة المعاملة وتراضيا في المساقاة خاصة ، ثم قال الذي أخذ النخل معاملة : لا أعمل في هذا ، ولا في غيره وأنا أريد ترك هذا العمل وأعمل في غيره ، أو أريد أن أسافر وأبى صاحب النخل أن يدعه فإنه يجبر على ذلك ، وليس شيء مما ذكرنا عذراً ، وكذلك لو قال صاحب النخل : أنا أريد أن أعمل في نخلي وأقوم عليه وأخرجك منه لم يكن ذلك له ، وليس لصاحب النخل أن يخرجه إلا أن يكون عليه دين فادح ليس عنده قضاه إلا من ثمن ذلك النخل .

(قالا) : وإن خرج في الشيء الذي أخذه معاملة ، أو طلع فيه شيء

---

(١) أي أشهب .

من الثمرة ، ثم لزم صاحب الأرض دين فادح لم تبع الأرض وكانت المعاملة إلى مدتها حتى تنقضي .[1](قالا) : ومن العذر أن يكون العامل رجل سوء يُخاف على فساد النخل وقطع السعف فلرب الأرض إخراجه من الأرض والعذر للعامل أن يمرض مرضاً شديداً لا يستطيع أن يعمل أو يضعف عن ذلك .

(وقالا) : إذا أخذ الأرض رجل بمزارعة على أن يزرعها هذه السنة ببذره وبقره فما أخرج الله عز وجل منها من شيء فلصاحب الأرض النصف وله النصف ، فلما صحت المزارعة بينهما ودفع إليه قال المزارع : لا أريد أن أزرع هذه السنة شيئاً ، ولا أزرع هذه الأرض وأزرع غيرها فإن هذا لـه ، ولا يجبر على زرعها وله تركها ولا يلزمه شيء .

(قالا) : ولو دفع رجل إلى رجل أرضاً وبذرا فقال : اعمل لي في أرضي هذه السنة وازرعها فما خرج من شيء فلك النصف ، فلما وقعت المزارعة ، قال الذي أخذ الأرض والبذر : لا حاجة لي في ذلك ، ولست أزرع هذه السنة شيئاً لم يكن له وأُجبر على أن يزرع وذلك أنه في هذا الموضع أجير .

ولو قال رب الأرض في هذه المسألة بعدما انعقدت المزارعة بينهما : لست أريد أن[2] يزرع أرضي ، وقال العامل :أنا أريد ذلك، لم يجبر صاحب الأرض على ذلك ، وكان ذلك اليه . ولو كان العامل أخذ الأرض على أن يزرعها ببذره وبقره ونفسه سنة على أن ما يخرج من شيء فبينهما نصفان ، فلما وقعت العقدة قال صاحب الأرض : لست أريد أن يزرع أرضي هذه السنة ، وقال العامل : أنا أريد ذلك لم يكن لصاحب الأرض أن يمنعه ذلك ولا يحول بينه وبينها إلا من

---

(١) أشراف : وبه قال يعقوب ومحمد : إلا أن يكون عذرا ، ومن العذر أن يكون العامل رجل سوء يخاف على فساد النخل وقطع السعف ، فلصاحب الأرض إخراجه والعذر للعامل أن يمرض مرضاً لا يستطيع أن يعمل أو يضعف عنه .

(٢) ن : ازرع .

عذر ، والعذر أن يكون على صاحب الأرض دين ليس عنده قضاه إلا من[1] ثمن هذه الأرض فتباع .

وقال أبو ثور : إذا دفع رجل إلى رجل شيئاً له أصل معاملة فأراد أن يخرج صاحب الأرض العامل قبل أن تنقضي المدة لم يكن ذلك له ، وكان عليه أن يدعه حتى تنقضي المدة التي بينهما ، ولا يكون له عذر في شيء مما نزل به حتى تمضي المدة ، وكذلك العامل لو قال لصاحب الأرض لا حاجة لي في العمل لم يكن ذلك له حتى تنقضي المدة ، وكل شيء انعقد بين اثنين فليس لأحدهما إبطاله إذا كان الشيء لا يبطل إلا بهما ، فأما إذا اختلفوا فالشيء بحاله لا يبطل بأحدهما ولا بعذر كان من أحدهما إذا اختلفوا إلا أن يجمع أهل العلم من ذلك على شيء أو تكون سنة تبين ذلك .

فإن ضعف العامل عن القيام بذلك فأقام[2] رجلاً مقامه في ذلك كان ذلك له ولم يكن لصاحب الأرض منعه من ذلك . وإن قال العامل : لا حاجة لي في ذلك ولم يكن عنده ما يكتري[3] به رجلاً اكترى صاحب الأرض عليه رجلاً يقوم مقامه فيعطيه ما يصيبه من الثمرة ، أو يتراضيان من ذلك على شيء .

واختلفوا في حكمهما إن باعا الثمرة قبل الجداد أو مات أحدهما استحقت الثمرة

فقال مالك : **وسئل عن** : رجل كان في حائط مساقاةً على النصف فيبيع الحائط فأراد الداخل في الحائط أن يخرج منه بشيء يعطاه (فقال) : لا يصلح

---

(١) الذي كان في النسخة : ثمن : ثم أبدلت النون را ءا .

(٢) ن : رجل

(٣) ن : يكترى رجلاً .

شيء من ذلك إلا أن يخرج بغير شيء يأخذه ، أو يعمل حتى تتم مساقاته أرأيت لو كان صاحب الحائط نفسه هو[1] بيعه ، ثم أراد أن يخرج منه بشيء يعطاه فهو مثله فلا يصلح من هذا شيء إلا أن يخرج منه بغير شيء ، أو يقيم على مساقاته . **قيل له** : أرأيت إن كان ساقاه على النصف فلما بيع الحائط أراد أن يخرج منه بأن يعطى سدس الثمر في الجداد (فقال) : هو بمنزلة صاحب الحائط الأول لو لم يُبع (حدثني بذلك يونس عن أشهب عنه) .

(واخبرني يونس عن ابن وهب عنه قال) : **سئل مالك عن** : الرجل يبتاع الأرض وقد ساقاها صاحبها رجلا قبل ذلك بسنين فقال المساقي : أنا احق به ، وليس له أن يخرجني (فقال) : ليس له أن يخرجه حتى يفرغ من سقائه إلا أن يتراضيا . (وأخبرني يونس عن أشهب قال) : **سألته** عن الداخل في المساقاة يموت (فقال) : إن لم يترك مالاً ورغب ورثته في المساقاة ، فذلك لهم إذا كانوا أمناء أقوياء على ذلك ، وإن ترك مالاً فرغب الذي ساقاه أن يأخذ ورثته بالمساقاة فذلك له عليهم .

وقال ابو يوسف ومحمد : لا يجوز أن تباع الثمرة حتى تنقضي[2] الأُجرة ، وإن كان بُسراً أو طَلْعاً لا في دين فادح ، ولا في غيره . (**قالا**) : فإن انقضت المعاملة والبُسر أخْضَرَّ بحاله فالخيار في ذلك إلى صاحب العمل إن أحب أن يعمل على ذلك كان له ، وإن أبى كان البُسر بينهما[3] نصفان إلا أن يشاء صاحب الأرض أن يعطيه قيمة ما له ، ويكون البَسر له ولو . . .

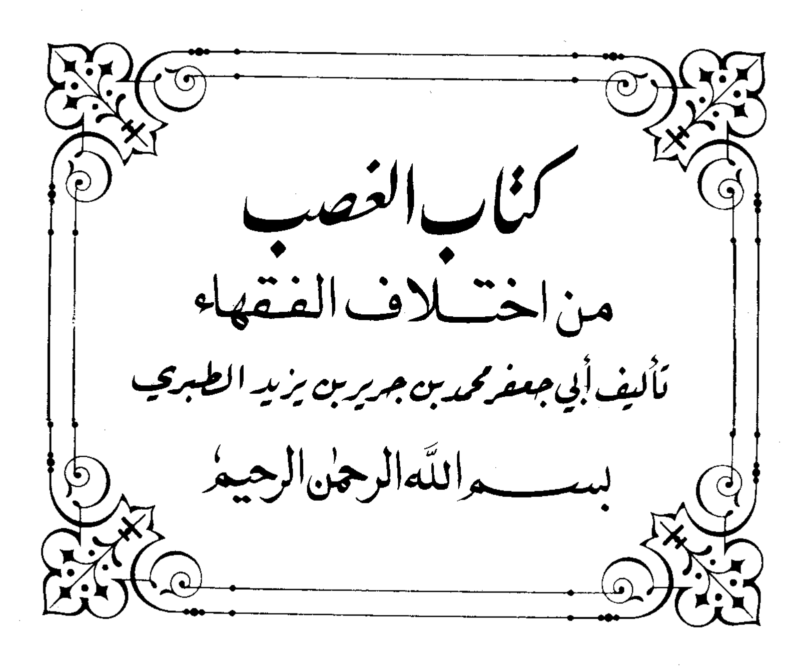
خرم

---

(١) ن : بيّعه .

(٢) لعل صوابه : الإجارة .

(٣) ن : نصفين .



كتاب الغصب

من اختلاف الفقهاء

تأليف أبي جعفر محمد بن جرير بن يزيد الطبري

بسم الله الرحمن الرحيم

قال الله عز وجل :﴿ يا أيُّها الذَّين آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أمْوَالَكُم بَيْنَكُم بالبَاطِلِ ﴾[1] الآية وقال عز:﴿وجل إن الَّذينَ يَأْكُلُونَ أمْوَالَ اليَتَامَى ظُلماً إنما يَأكُلونَ في بُطُونِهِم نَاراً ﴾[2] الآية فنص تبارك وتعالى تحريم أكل أموالنا بيننا في كتابه بالباطل إلا بما أباحه لنا من التجارة عن التراضي[3] بيننا في كتابه **وأوجب لآكل أموال اليتامى ظلماً النار** .

أجمل ذكر التحريم[4] لآكلها ظلماً وباطلاً في محكم تنزيله ، وأوضح المعاني التي يستحق بها[5] آكل مال غيره اسم الآكل ظلماً وباطلاً وما اللازم له من الأحكام في عاجل الدنيا **وفسره** على لسان (رسول صلى الله عليه) . . .

---

(١) ﴿ إلا أنْ تَكُونَ تِجارَةً عَن تَرَاضٍ مِنْكُم ﴾ الآية ٣٣ من سورة النساء .

(٢) ﴿ وَسَيَصْلَونَ سَعِيراً : ﴾ الآية ١١ النساء .

(٣) لعل صوابه حذف : بيننا في كتابه .

(٤) ن : لآكِلها .

(٥) ن : اكل .

نقل بعض ذلك التفسير الكل مجمعين عليه عـامتهم وخاصتهم . . . ونقل بعضه الحجة مجمعة عليه وبعضه مختلفة فيه (ونحن مبينو كل ذلك) إن شاء الله بعونه وقوته فانا به وله (وصلى الله على محمد النبي وآله وسلم) .

أجمع جميع الخاصة والعامة أن الله عز وجل حرّم أخذ مال امرء مسلم أو معاهد بغير حق إذا كان المأخوذ منه مالـه غير طيب النفس بـأن يؤخذ منـه ما أخذ . (وأجمعوا جميعا) أن آخذه على السبيل[1] التي وصفنا بفعله آثمٌ وبأخذه ظالم . (وأجمعت الحجة التي وصفناها جميعاً) أن آخذه على السبيل التي وصفنا إن كان اخذه من حرْز مستخفياً بأخذه ، وبلغ المأخوذ ما يجب فيه القـطع أنه يسمى بما أخذ سارقاً ، وإن كان أخذه مكابرة من صاحبه في صحراء أنه يسمى محارباً ، وقد ذكرنا في (كتاب المحاربين) اختـلافهم في اسمه إذا أخـذ ذلك مكابرة في مصر فاغنى عن إعادته في هذا الموضع .

وأنه إن اخذ ما أخذ على السبيل التي وصفنا اختلاساً من يد صاحبه أنه يسمى مختلساً . . . وأنه إن أخذه على هذه السبيل مما اوتُمن عليه أنـه يسمى خائناً وأنه إن اخذه على ما ذكرنا قهراً للمأخوذ منه وقسراً بغلبة ملك ، أو فضل قوة انه يسمى غاصباً[2] .

---

(١) ن : الذي وصفنا بفعله اثمٌ وبأخذُه ظالم .

(٢) وقال ابن المنذر في الاشراف في كتاب الغصب : وقد أجمع أهل العلم على أن الله جل وعز حرَّم أموال المسلمين والمعاهدين بغير حق فالأموال محرمة بنص كتاب الله جل وعز ، وبالأخبار الثابتة عن رسـول الله ﷺ ، وبإجماع أهل العلم على ذلك إلا بطيب أنفس المالكين من التجارات والهبات والعطايا وغير ذلك ، وقد أجمع أهل العلم على أن من أخذ مالاً لمسلم من حرزه مستخفياً بأخذه إنه سارق ، وقد ذكرنا ما يجب على السارق في كتاب أحكام السراق ، وقد أجمعوا على أن من أخذ أموال المسلمين مجاهرة في الصحارى إن أخذه يسمى محارباً ، وقد ذكرنا في كتاب المحاربين ما يجب عليهم ودل حديث جابر على أن من اختلس من يد مسلم شيئاً يملكه أنه يسمى مختلسا ، وعلى من أودع وديعة فأخذها أو نقصها إنه يسمى خائناً . أبو بكر قال : نا اسحق ابن ابراهيم الديري عن عبد الرزاق ، عن ابن جريج ، عن ابي الزبير عن جابر ان النبي ﷺ قال ليس على المختلس قطع وليس على الخائنين قطع ، قال أبو بكر : من أخذ مالاً على غير ما ذكرناه سمي غاصباً لا أعلمهم يختلفون فيه .

[1]القيمة استحساناً[2] :

[3](وقال أبو ثور) : عليه ثمنها وثمن ولدها فإن كان ثمنها أنقص مما كان يوم غصبها بنقص دخلها كان عليه ما نقصها ، وإنما قلنا بالثمن ، لأن الجارية ليست بمستهلكة فلا[4] تجوز عليه القيمة ، وهي في يده ولم يحكم بها للمدعي لأنها قد صارت أم ولد له ، ولها منه ولد فلا يصدَّق على إبطال حقها وحق ولدها ، ولم يكن له أن يطأ ولا يستمتع بجارية لغيره إلا بشراء . وأما الولد فإن كان[5] وطؤه وطء زناء لم يُلحَق به النسب[6] ولا يصدَّق على نفيهم لقوله وهو ولده في الحكم ، وهي أم ولد له ، وإذا مات عتقت .

---

(١) ضاع ما كان بين هذه الورقة وبين الورقة الأولى من كتاب الغصب ، ويظهر أن موضوع هذا الباب إقرار الغاصب للمغصوب منه بالغصب ، وهل يجب عليه قيمة المغصوب ، أو ثمنه وحكم الجارية المغصوبة إذا ولدت بعد الغصب وحكم ولدها .

(٢) هذا بقية قول أبي حنيفة وأصحابه ، ولعل ما ضاع قبل هذا شبيه قول ابن المنذر في كتاب الغصب من الأشراف : باب ذكر الدار يغصبها الرجل وتتهدم : وقال أصحاب الرأي : ليس على الغاصب شيء قال : لأنه لم يحركها ولم يغيرها عن حالها : قال أبو يوسف : يضمن ولا يصدق على المشتري استحسن ذلك وادع القياس فيه ، ثم رجع الى قول أبي حنيفة ، قال ابو بكر : وقد ناقضوا في هذا ، وزعموا أن رجلاً لو اغتصب جارية ، ثم باعها ، ثم أقر بعد البيع أنها جارية المغصوب منه ان عليه القيمة ، وكذلك قولهم في الحيوان كله ، وليس بين شيء من ذلك فرق إلا الاستحسان الذي من شاء فعل مثل فعلهم .

(٣) اشراف : باب ذكر الغاصب يولد الجارية ويقر لرب الجارية بأنها له ،ولا بينة له وجحدت الجارية ذلك، قال ابو بكر : وإذا غصب رجل جارية وأولدها ثم ادعاها رجل ، وأقر له الغاصب بها ولا بينة له فعليه قيمتها ، وقيمة أولادها ، وإن كان فيها نقصان فعليه ما دخلها من النقص ، ولا يحل له أن يطأها ولا يستمتع بها ، وذلك أنها جارية لربها وهم ولده في الحكم والجارية تعتق بموته ، وهذا عى مذهب الشافعي وأبي ثور ، غير أن ابا ثور قال : عليه ثمنها لأن القيمة لا تكون إلا المستهلكة وهي فائقة .

(٤) ن : يجوز وإن كان عليه الخ .

(٥) ن : وطيه وطي .

(٦) لعل شيئاً سقط في النسخة : أشراف : قال أبو بكر : واذا أقام رجل بينة على جارية انها له فادعت أن مولاها الأول قد كان اعتقها ،وقد ولدت من المشتري، وقال المولى : قد كنت اعتقتها ،لم تقبل دعوى الجارية ، ولا قول المولى الذي باعها ، وذلك أن المشتري قد ثبت ملكه عليها فلا تصدق الجارية ولا البائع أنه كان اعتقها ، وهذا قول أبي ثور وأصحاب الرأي .

[1](وقال) : إذا اغتصب رجل دارا فباعها وقبضها المشتري ، ثم أقر الغاصب أنه اغتصبها فإن لم تكن لرب الدار بينة كان على الغاصب ثمن الدار ، وذلك أنه أقر أنه أتلف مالاً لإنسان ، ولا يقدر على تخليصه فعليه ثمنه .

وقياس قول مالك : إن اقراره باطل وعليه ضمان قيمة الجارية للذي أقر له بها مع قيمة الولد .

واختلفوا في حكم المغصوب يجنى عليه في يد الغاصب أو[2] يجني أو[3] يصيبها ما ينقصها

[4] **فقال الشافعي** :[5] إذا اغتصب رجل جارية فباعها[6] فجنى عليها أجنبي في يد المشتري ، أو الغاصب جناية تأتي على نفسها ، أو بعضها فأخذ الذي هي في[7] يده أرش الجناية[8] ثم استحقها المغصوب فهو بالخيار في أخذ أرش الجناية من يدي من أخذها إذا كانت نفساً ، أو تضمينه قيمتها على ما وصفنا وإن كانت جرحاً فهو بالخيار في أخذ[9] أرش الجرح من الجاني والجارية من الذي

---

(١) أشراف وإذا اغتصب رجل دارا فباعها وقبضها المشتري، ثم إن الغاصب أقر أنه اغتصبها فإن لم يكن لرب الدار بينة أنها داره كان على الغاصب قيمة الدار ،لأنه أقرّ انه أتلف مالاً لإنسان ولا يقدر على خلاصه فعليه قيمته ، وهذا على مذهب الشافعي ، وبه قال أبو ثور إلا أنه قد يضمن ثمن الدار .

(٢) ن : يجنى .

(٣) أي الجارية المغصوبة .

(٤) ام : الغصب والمستكرهة .

(٥) ام : قال : وإذا غصب الرجل الخ .

(٦) ام : فسواء باعها في الموسم ، أو على منبر ، أو تحت سرداب حق المغصوب فيها في هذه الحالات كلها سواء فإن جنى عليها أجنبي الخ : إلا أن في ام ق : الحالات سواء ، وإن جنى عليه أجنبي الخ .

(٧) ام : يديه .

(٨) ام ق : الجناية من يدي الخ .

(٩) ن : أخذ الجرح .

هي[1] في[2] يده[3] أو تضمين الذي هي في[4] يده ما نقصها الجرح بالغاً ما بلغ ، وكذلك إن كان المشتري قتلها أوجرحها . فإن كان الغاصب قتلها ، فلمالكها عليه الأكثر من قيمتها يوم قتلها ، أو قيمتها في أكثر ما كانت قيمة ، لأنه لم يزل لها ضامناً . [5] فإن كان المغصوب ثوباً فباعه الغاصب من رجل فلبسه ثم استحقه المغصوب أخذه ، وكان له ما بين قيمته يوم [6] اغتصبه وبين قيمته التي نقصه إياها اللبس كأن قيمته يوم[7] غصب عشرة فنقصه اللبس خمسة ، فيأخذ ثوبه وخمسة وهو بالخيار في تضمين[8] الأرش للمشتري أو الغاصب ، فإن ضمّن الغاصب فلا سبيل له على اللابس[9] ،[10] وإذا اغتصب[11] جارية فأصابها عيب من السماء ،أو بجناية أحد فسواء،وسواء أصابها ذلك عند الغاصب ، أو المشتري يسلك بما أصابها من العيوب[12] التي من السماء ما يسلك بها في العيوب التي[13] يجنيها عليها الأدميون ،[14] وإذا اغتصب الرجل جارية فباعها من آخر فحدث بها عند المشتري عيب ،ثم جاء المغصوب فاستحقها،أخذها وكان بالخيار في أخذ ما

---

(١) ام : في يديه .
(٢) ام مد : يديه ما نقصها الخ .
(٣) ن : وتضمين .
(٤) ام ق : يديه .
(٥) ام : قال : وإن كان الخ .
(٦) ام مد : غصبه عشرة .
(٧) ام ق : غصبه .
(٨) ام : اللابس المشتري والغاصب .
(٩) زاد في الأم نحو صحيفة .
(١٠) ام مد : قال واذا غصب : ام ق : وإذا اغتصبت .
(١١) ام : الجارية .
(١٢) ام ق : التي يجني عليها الخ .
(١٣) ام : يجني عليها الخ .
(١٤) ام : قال وإذا غصب .

نقصها العيب من الغاصب[١] فإن [٢] أخذ منه لم يرجع على المشتري [٣] ، وإن أخذه من المشتري رجع به المشتري على الغاصب [٤] وبثمنها الذي أخذ منه لأنه لم يسلم [٥] له ما اشترى ، وسواء كان العيب من السماء ، أو بجناية آدمي (حدثنا بذلك عنه الربيع) .

(وروى **أبو ثور عن الشافعي** أنه قال) : إذا اغتصب الرجل عبداً ، أو أمة فجنت [٦] عليه جناية ، ثم جاء ربها فاستحقها أن على الغاصب أرش ما نقصها الجناية ، وذلك أن العبد والأمة إذا عُرف بالجناية نقص من [٧] أثمانهما فليس على الغاصب إلا أقل الأمرين من الجناية والقيمة وذلك أن عليه أن يدفع الجارية أو العبد سليماً كما أخذه .

وقال أبو حنيفة وأصحابه: إذا اغتصب الرجل جارية وقيمتها ألف، فجنى عليها إنسان وقيمتها ألفان، ضمّن ذلك رب الجارية الجاني ألفي درهم إن شاء، وإن شاء ضمن الغاصب ألفا ، ويرجع الغاصب على الجاني بالفين ، فإن كان خطأ كان على عاقلته في ثلاث سنين ، فإذا أخذها الغاصب تصدق بألف ، وأخذ ألفاً مكان ألفه .

وقالوا : إن اغتصب رجل جارية ، أو عبداً فعطب عنده ضمن الغاصب قيمته بالغة ما بلغت . ولو أن رجلاً قتل عبد رجل ضمن القيمة إن كانت أقل من عشرة آلاف، وإن كان أكثر ضمن عشرة آلاف إلا عشرة دراهم .

---

(١) ام ق : وإن .
(٢) ام : أخذه .
(٣) ام : بشيء ولرب الجارية أن يأخذ ما نقصه العيب الحادث في يد المشتري ، فإن أخذه الى الخ : إلا أن في ام ق : في يدي .
(٤) ام مد : بثمنها .
(٥) ام : إليه .
(٦) لعل صوابه : عنده .
(٧) ن : أثمانها .

وإن اغتصب رجل عبدا أو أمة فجنت عنده جناية ، ثم جاء ربها فاستحقها قيل : ادفع أو إفْدِ ، فإن دفعها أو فَدَاهَا كان له على الغاصب قيمتها ، وإن ماتت في يد الغاصب بعد الجناية كان عليه قيمتان قيمة الجارية للمولى ، فإذا دفعها قال [1] له أولياء القتيل : هذه قيمة الجارية التي قتلت صاحبنا فيأخذونها منه ، ثم يرجع على الغاصب فيقول له : هذه قيمة لم تسلم لي ، وذلك لما كان عندك من الجناية فيأخذ منه قيمة أخرى .

وإذا اغتصب دارا فسكنها ، أو لم يسكنها فانهدمت الدار فليس عليه شيء ، وذلك أنه لم يجرحها ولم يهدمها .

(وقالوا) : في الحيوان كله إذا مات من غير أن يستخدمه أو يستعمله فعليه الضمان .

وقال أبو ثور : إذا اغتصب جارية وقيمتها ألف فجنى عليها إنسان وقيمتها ألفان ضمن رب الجارية الجاني ألفين ، فإن لم يجده ضمن الغاصب الفي درهم ، وكان للغاصب أن يأخذ الجاني بقيمتها وذلك أنه استهلكها وهي في يده وقد ضمن قيمتها ، وإن جنت الجارية عند الغاصب جناية ، ثم جاء ربها فاستحقها مثل قول الشافعي .

(وقال) : إن ماتت في يدي الغاصب بعد الجناية فإن عليه للجناية أن يدفع الثمن أو الفدية ، وكان عليه للمولى قيمتها . (وقال) في الغصب : إذا تلف في يدي الغاصب بجناية ، أو حدث من السماء مثل قول الشافعي سواء في ذلك الدور والحيوان .

وقياس قول مالك : إن المغصوب إن كان عبدا ، أو أمة فجنى [2] عليهما

(١) أي للمولى .
(٢) ن : عليها .

جان في يد الغاصب كان[1] لربه أن[2] يتبع أيهما شاء إن شاء الغاصب، وإن شاء الجاني،فإن ضمن الغاصب رجع على الجاني بما ضمن ،وإن ضمن[3] الجاني لم يرجع على أحد بشيء ، وكذلك إن كان ثوباً وكل شيء .

واختلفوا في حكم غلة المغصوب

فقال مالك : إذا آجر الغاصب المغصوب وكان دواباً، فإن لأرباب الدواب، إذا علموا ذلك ، كراء ما حمل عليه غرماً عليه إن سلمت الدابة ، وإن تلفت خيِّرَ أهل الدابة بين الثمن والكراء (حدثني بذلك يونس عن ابن وهب عنه) . (**وحدثني يونس عن أشهب عن مالك**) : أنه **سئل عن** : رجل اشترى أرضاً على ما يجوز له الشراء فمكثت في يده سنين يزرعها ويأكل غلتها ، ثم يجيء صاحبها فيستحقها ، وقد بذر فيها بذره وعمل فيها ، فيريد أن يأخذ أرضه وقد قال[4] المشتري : قد بذرت وسقيت ، وقد كان لي فيما مضى من السنين فهذه السنون مثلها (**فقال مالك**) : ليس ذلك للذي يستحق وأرى له عليه كراء تلك السنة التي جاء فيها فقط .

وقال الشافعي :[4] إذا اغتصب الرجل من الرجل[5] الدابة فاستغلها أو لم يستغلها ولمثلها غلة[6] أو دارا فسكنها ، أو أكراها[7] أو لم يسكنها ولم يكرها ولمثلها

(١) أي لرب العبد .
(٢) ن : بيع .
(٣) ن : اغاصب .
(٤) لعل صوابه : للمشتري : أي يطلب صاحب الأرض من المشتري كراء أرضه مدة ما كانت تحت يد المشتري بحسب ما خرج منها وهي تحت يد صاحبها . .
(٥) ام : قال : وإذا غصب .
(٦) ام : دابة .
(٧) ام : ودارا .
(٨) ام مد : أو لم يكرها .

كراء ، أو شيئاً [1] ما كان مما له غلة استغله ، أو لم يستغله انتفع به ، أو لم ينتفع به فعليه كراء مثله من حين أخذه حتى [2] رده [3] ، ولا يكون لأحد غلة بضمان إلا للمالك (حدثنا بذلك عنه الربيع) .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : إذا اغتصب الرجل دابة [4] رجلا فآجرها ، أو داره أو عبده فالأجرة للغاصب ويتصدق بها لأنه ضامن فلا يجتمع ضمان وأجرة .

(**وقالوا**) : إن باع الغاصب الدابة وقد استعملها فماتت عند المشتري فأخذ رب الدابة المشتري بالقيمة فإن المشتري يرجع على الغاصب [5] ، ولا يكون للغاصب أن يعطي في [6] قيمتها للمشتري من غلتها شيئاً إلا أن [7] يكون عنده وفاء فيعطي [8] منها .

وقال أبو ثور : إذا اغتصب الرجل الدابة ، أو الدار ، أو العبد [9] فواجره فلا يحل له شيء من أجرته وأجرته فاسدة ، ولرب السلعة على المستأجر

---

(١) ام ق : مما كان مما له غلة .

(٢) ام : يرده .

(٣) ام : إلا أنه ان كان أكراه بأكثر من كراء مثله فالمغصوب بالخيار في أن يأخذ ذلك الكراء لأنه كراء ماله ، أو يأخذ كراء مثله ولا الخ : إلا أن في أم مد : كان كراءه بأكثر الخ .

(٤) ان : وجُلا .

(٥) اشراف : باب ذكر الغاصب يواجر ما اغتصب : قال أبو بكر : واختلفوا في : الرجل يغصب من رجل دابة فأجرها فأصاب من غلتها ، أو غصبه عبداً فأصاب من غلته لمن تكون الغلة ؟ فقال أصحاب الرأي : تكون الغلة للغاصب ، وعليه أن يتصدق به ، لأن الدابة والعبد كانا في ضمان ، فإن تلف العبد ، أو الدابة من عمل الغاصب ضمن قيمتها ، وإذا ضمن القيمة استعان بالغلة في القيمة فإن فضل عنه شيء تصدق به ، وقال : إن لم يمت العبد ، أو الدابة ، ولكنه باعه فأخذ ثمنه فاستهلكه فمات عند المشتري وضمن رب الجارية ، أو رب العبد المشتري القيمة رجع الغاصب على المشتري بالثمن ، ويستعين الغاصب بالغلة في أداء الثمن إن لم يكن عنده وفاء .

(٦) ن : قيمته

(٧) لعل صوابه : لا يكون : أي يتصدق بالغلة كلها إلا أن لا يكون عنده وفاء فيعطي في القيمة من الغلة .

(٨) أي من الغلة : ن : منه .

(٩) لعل صوابه : فيؤاجره .

مثل كراء سلعته ويرجع المستأجر على الغاصب بما أُخذ منه من الأجرة[1] وإذا اغتصب رجل شيئاً فآجره فعطب عند الذي استأجره ، فأخذ رب السلعة[2] المستأجر بالقيمة وذلك عند عدم الغاصب ، فإن الإجارة فاسدة ويرجع رب السلعة على المستأجر بكراء المثل[3] وقيمة سلعته ويرجع المستأجر على الغاصب بالقيمة التي أُخذت منه[4] للرقبة فقط لأنه غره .

واختلفوا في حكم المغصوب إذا خلطه الغاصب بشيء لا يتميز من ماله

فقال مالك : إن الغاصب إذا اختلط المغصوب بما لا يتميز من ماله أن المغصوب منه والغاصب يضرب بقيمة ماله في ذلك ، وذلك أن (يونس حدثني عن ابن وهب عنه) أنه **سئل عن** : الرجل يبضع معه القوم بضائع فيخلط مالهم كله ، ثم يموت ؟ (قال) : يضرب كل انسان منهم في ذلك المال بقدر حقه .

وقال الشافعي :[5] في الشيء الذي يخلطه الغاصب بما اغتصب فلا يتميز[6] ، أو يغصب مكيال زيت فيصبه في زيت مثله ، أو خير منه فيقال

---

(١) أشراف : وإذا اغتصب الرجل شيئاً الخ .

(٢) اشراف : على المستأجر فأخذ رب السلعة المستأجر بالقسمة ، وذلك حين لم يجد الغاصب فالأجرة فاسدة .

(٣) اشراف : وبقيمة .

(٤) اشراف : لرقبته لأنه غره وهذا قول أبي ثور .

(٥) ام : قال : ومن الشيء .

(٦) ام : منه ويغصبه : وقال ابن الصباغ في الشامل : وفصل ذلك في الأم فقال : إن خلطه بمثله قيل للغاصب : إن شئت أعطيه مكيالاً من هذا الزيت لأنه غير مزداد على حقه : وقال ابن المنذر في الأشراف : وقال الشافعي في الرجل يغتصب من الرجل مكيال زيت فيصبه في زيت مثلة ، أو خير منه ، فقال للغاصب : إن شئت أعطيته مكيال زيت مثل زيته ، وإن شئت أخذ من هذا الزيت مكيالاً ، ثم كان غير مزداد إذ كان زيتك مثل زيته ، وكنت تاركاً للفضل إذا كان زيتك خيراً من زيته ، ولا خيار للمغصوب ، لأنه غير منتقض ، فإن كان صب ذلك الزيت في زيت شر من زيته ضمن الغاصب له مثل زيته لأنه قد انتقص زيته بتصبيبه فيما هو شر منه .

للغاصب : إن شئت أعطيت مكيال[١] زيت مثل زيته ، وإن شئت أخذت من هذا الزيت مكيالاً ، ثم كان غير[٢] مزداد إذا كـان زيتك مثـل زيته[٣] وكنت تاركاً للفضل إذا كان زيتـك أكثر من زيتـه ، ولا خيار للمغصـوب لأنه غـير منتقص ، فإن كان صب ذلك المكيال في زيت شر من زيته[٤] ضمن الغاصب له مثل زيته ، لأنه قد انتقص زيته بتصييره فيما هو شر منه[٥] ، وإن كان صب زيته في بان أو شيرق ، أو دهن طيب ، أو سمن ، أو عسل ضمن في هذا كله لأنه لا يتخلص منه الزيت ، ولا يكون له أن يدفع إليه[٦] مكيالاً[٧] منه ، وإن كان المكيال[٨] منه خيراً من الزيت من قبل أنه غير الزيت [٩] .

(قال) : ولو كان صبه في[١٠] ماء ان خلصه منه حتى يكون زيتاً لا ماء فيه[١١] وتكون مخالطة الماء غير ناقصة له[١٢] كان لازماً للمغصوب أن يقبله ، وإن كانت مخالطة الماء ناقصة له في العاجل والمتعقب كان عليه أن يعطيه مكيالاً مثله مكانه[١٣] . [١٤] **(قال)** : ولو غصبه زيتاً فأغلاه على النار فنقص كان عليه

---

(١) ن : مكيال زيته .

(٢) ن : مزداداً .

(٣) ن : وكنت ولا خيار الخ .

(٤) ام مد : زيته لأنه قد انقص زيته بتصبره .

(٥) اشراف : وإن صب زيته في بان الخ .

(٦) اشراف : مكتالاً منه ، وإن كان مكيال منه خير من الزيت من قبل أنه غير الزيت ، ولو اغتصبه زيتاً فأغلاه الخ .

(٧) ن واشراف : منه : ام : مثله .

(٨) ن : المكيال خيراً .

(٩) ام مد : ولو كان : ام ق : وكان .

(١٠) ن : ما خلصه .

(١١) ن : وتكون لمخالطة .

(١٢) ن : لأن ما .

(١٣) ام : قال الزبيع : ويعطيه هذا الزيت بعينه وإن نقصه الماء ، ويرجع عليه بنقصه وهو معنى قول الشافعي ، قال الشافعي : ولو اغتصبه زيتاً الخ .

(١٤) اشراف : ولو اغتصبه الخ .

أن يسلمه إليه وما نقص مكيلته ، ثم إن كانت النار تنقصه شيئاً في القيمة[١] لم يكن عليه . [٢](وقال) : ولو غصبه حنطة جيدة فخلطها برديئة كان كما[٣] وصفت في الزيت[٤] يغرم له مثلها بمثل كيلها إلا أن[٥] يقدر على أن يميزها حتى تكون معروفة ، وإن خلطها بمثلها ، أو أجود كان كما وصفت في الزيت[٧] وإن خلطها[٦] بشعير ، أو ذرة أو حب غير الحنطة كان عليه أن يوخذ بتمييزها حتى يسلمها اليه بعينها بمثل كيلها ، وإن نقص كيلها [٨] ضمنه (حدثنا بذلك عنه الربيع) .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : إذا استودع رجل رجلاً حنطة وآخرُ شعيراً فخلطهما فعلى المستودع حنطة وشعير لهما مثل ما استودعاه ، أو قيمة ذلك . (قالوا) : وإن كان الخلط من غيره فإن الحنطة والشعير يباعان ويقسم الثمن على قيمة حنطة هذا ، وعلى قيمة شعير هذا ، وكذلك كل غاصب خلط متاع الناس بعضه ببعض . فإن باع صاحب الحنطة والشعير سلعتهما جزافاً فقال صاحب الحنطة : كانت حنطتي كرين ، وقال صاحب الشعير : بل كانت كرا ، أو قال صاحب الشعير : كان شعيري كرين ، وقال صاحب الحنطة : بل شعيرك كان كرا أحلف كل واحد منهما لصاحبه واقتسما الثمن على ما أقر كل واحد منهما لصاحبه .

---

(١) ام واشراف : كان عليه أن يغرم له نقصانه وإن لم تنقصه شيئاً في القيمة فلا شيء عليه .
(٢) ام واشراف : ولو اغتصبه حنطة الخ .
(٣) ام ق : وصفنا .
(٤) اشراف : تقوم له مثلها بمثل الخ .
(٥) ام واشراف : يكون يقدر
(٦) ام : قال : ولو خلطه .
(٧) ام ق : بالشعير أو ذرة أو أخذ حب الخ .
(٨) ام ق : شيئاً ضمنه : ام مد : شيئاً نقصه ضمنه .

[1]**وقال أبو ثور** : إذا خلط المستودع الحنطة والشعير كان الحنطة والشعير بين الرجلين ، فإن كان نقص من قيمتها شيئاً[2] بالخلط كان على المستودع[3] ، لأنه جان ، وكذلك إن كان الخلط من غير المستودع فالحكم واحد ، وكذلك في كل جان على شيء مما يكأل أو يوزن إذا خُلط بعضه ببعض . وإذا اختلف رب الحنطة والشعير فيما كان لهما من مبلغ الحنطة والشعير مثل قول أبي حنيفة .

واختلفوا حكم الغاصب يتلف ما غصب بسببه على يدي مالكه أو في مال مالكه

[4]**فقال الشافعي** :[5] إذا اغتصب رجل رجلاً زعفراناً وثوباً فصبغ الثوب بالزعفران كان رب الثوب بالخيار في أن يأخذ الثوب مصبوغاً ، لأنه زعفرانه وثوبه ، ولا شيء له غير ذلك ، أو يقوّم ثوبه[6] أبيض وزعفرانه صحيحاً ، فإن كانت قيمته ثلثين قوّم ثوبه مصبوغاً بزعفران ، فإن كانت قيمته خمسة وعشرين ضمّنه[7] الخمسة لأنه أدخل عليه النقص[8] ، وكذلك لو كان غصبه سمناً وعسلاً ودقيقاً فعصّده كان للمغصوب الخيار في أن يأخذه معصوداً ، ولا شيء للغاصب في الحطب والقدر والعمل من قبل أن ما له فيه أثر[9] ولا عين أو يقوّم له العسل منفرداً والسمن والدقيق منفردين ،فإن كانت

(١) أشراف : باب الرجلين يودعان الرجل شيئين فيخلط بينهما : قال أبو بكر : وإذا أودع رجل رجلاً حنطة ، وأودعه آخر شعيراً فخلط بينهما ، فالحنطة والشعير بين الرجلين على قدر أموالهما ، فإن كان نقص الخ .

(٢) ن : بالحنطة .

(٣) اشراف : ما دخل في ذلك من النقص لأنه جاني ، وهذا يشبه مذهب الشافعي ، وبه قال أبو ثور .

(٤) ام : قال : وإن غصبه زعفراناً الخ : اشراف : وكان الشافعي يقول : إن غصبه الخ .

(٥) ن : فقال الشافعي : رجل رجلا الخ .

(٦) ن : ثوبه وزعفرانه الخ .

(٧) ام : خمسة .

(٨) ام : قال : وكذلك إن غصبه .

(٩) ن : لا .

(١٠) ام : كان .

قيمتـــه عشـــرة وهو معصود قيمته سبعة غرامات له ثلاثة من قبل انه ادخل عليه النقص .[1] وإن غصبه دابة[2] وشعيراً فعلف الدابة الشعير رد الدابة والشعير[3] لأنه هو المستهلك له ، وليس في الدابة عين من الشعير يأخذه إنما[4] فيها منه أثر .

[5] ولو غصبه [6] طعاماً فأطعمه إياه والمغصوب لا يعلم كان متطوعاً [7] بالطعام وكان عليه[8] ضمان الطعام ، وإن كان المغصوب يعلم أنه طعامه [9] فلا شيء عليه من قبل ان سلطانه إنما كان على أخذ طعامه[10] فقد أخذه[11] وإن اختلفا فقال المغصوب : أكلته ولا أعلم أنـه طعامي ، وقـال الغاصب : أكلته وأنت تعلم ، فالقول قول المغصوب مع يمينه إذا أمكن أن[12] يكون يخفي ذلك بوجه من الوجوه (حدثنا بذلك عنه الربيع) .

وقـال أبو حنيفـة وأصحابـه[13] : إذا اغتصب رجل رجـلاً ثوبـاً ، أو

---

(١) ام ق : ولو .

(٢) ن : أو شعيراً الخ .

(٣) ام : من قبل انه .

(٤) ن : فيه .

(٥) ام : قال : ولو .

(٦) ام مد : غصبه فاطعمه : اشراف : باب ذكر الطعام يغصبه الغاصب ، ثم يطعمه صاحبه : وقالت طائفة : إذا أطعمه الخ .

(٧) ام واشراف : بالإطعام .

(٨) اشراف : الضمان وان .

(٩) ام وإشراف : فاكله فلا الخ .

(١٠) ن : فهذا حده . ام ق : بعد اخذه .

(١١) ام : قال : وإن : اشراف : قال الشافعي : وإن

(١٢) اشراف : يكون ذلك .

(١٣) اشراف : قال أبو بكر : واختلفوا في الرجل يغصب حنطة أو تمرا ، أو ثوبا يخفى ، ثم ان الغاصب وهب ذلك الشيء لربه ، أو هداه إليه فأكل مالك الطعام الطعام ، أو لبس الثوب حتى بلي ، وهو لا يعلم أن ذلك له فقالت طائفة : لا شيء على الغاصب لأنه قد رد إليه ملكه ، وإن كان لا يعلم هذا قول أبي ثور ، وبه قال أصحاب الرأي .

حنطة ، أو تمراً أو شيئاً مما يخفى ، ثم ان الغاصب وهبه لربه فأكله ، أو لبس الثوب حتى خرقه فلا شيء على الغاصب

(قالوا) : فإن كان تمراً فاتخذ منه خلاً ، ثم أهداه الى صاحب التمر[١] ، أو جعله نبيذاً ، فسقاه فعليه قيمة التمر ، وكذلك كل شيء غيَّره عن حاله ، فهو ملك له ، وعليه قيمة الذي غيَّره[٢] (الجوزجاني عن محمد) .

وقال أبو ثور : إذا اغتصبه شيئاً ثم أهداه إليه ، أو أطعمه إياه فلا شيء على الغاصب ، لأنه قد رد إليه ملكه ، وإن كان لا يعلم . فإن كان تمراً فاتّخذ منه خلاً ثم أهداه إلى صاحب التمر كان عليه ما بين الخل والتمر من القيمة ، فإن كان الخل أكثر من قيمة التمر فهو لصاحب التمر . وكذلك إن اغتصبه حنطة فجعلها سويقاً أو دقيقاً ، أو[٣] سميذاً أو إطرية أو نشاستج ، ثم أهداه إلى صاحب الحنطة فإن عليه ما بين الحنطة ، وما جعله من النقصان ، وإن كانت قيمته أكثر أو مثل قيمته فلا شيء عليه .

وقياس قول مالك : في الغاصب يتلف ما غصب بسببه على يدي مالكه أو في مال مالكه إن كان استهلكه ، فليس له أن يرجع على الغاصب بشيء إلا أن يكون دخله عنده نقص قبل أن يجني عليه المغصوب منه ، فإن كان دخله نقص ضمن قيمة النقصان ، وكان ما بقي بعد ذلك من قيمته ساقطاً عن الغاصب باستهلاك المغصوب منه إياه . .

وأجمعوا جميعاً أن الرجل إذا استهلك لرجل بعض ما يكال ، أو يوزن أن

---

(١) أشراف : قال أبو بكر : قال أصحاب الرأي : إذا غصبه تمراً فنبذه الغاصب وسقاه إياه ، قال : الغاصب ضمن لثمن مثل تمره أو قيمته لأنه استهلكه لحين نبذه .

(٢) أشراف : وقياس قولهم في الحنطة يغتصبها ، ثم يجعلها سويقاً ، أو دقيقاً ، أو سميذاً أو نشاستج ، ثم أهداه إلى صاحب الحنطة إن عليه قيمة كل شيء غيره عن حاله لصاحبه .

(٣) ن : سمذا . . .

عليه مثله ، وأنه إن لم يجد له مثله من جنسه فأراد أن يأخذ غيره بيعاً بما لزمه مما لا يجوز أن يُنسأ أحدهما في الآخر أنه جائز ، وأنه لا يجوز لهما الافتراق حتى يتقابضا ، وذلك مثل أن يهلك له حنطة فلم يجد المستهلك الحنطة لصاحبها حنطة مثل حنطته ، فأراد أن يعطيه شعيراً بحقه ورضي به صاحبه إن ذلك جائز إن تقابضا ذلك في مجلسهما الذي تبايعا فيه ، وإن افترقا قبل التقابض بطل البيع فيه .

واختلفوا في حكم المسلم يتلف خمر الذمي

فقال مالك : عليه قيمتها (حدثني بذلك يونس عن ابن وهب عنه)

وقال الشافعي : لا شيء على من أهلك خمراً لمسلم ، أو نصراني ، وكذلك إن قتل له خنزيراً (حدثنا بذلك عنه الربيع) .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : ان اغتصب النصراني لنصراني خمراً فاستهلكها حُكِم عليه بقيمة الخمر ، فإن أسلما لم يحكم عليه بشيء ، وإن أسلم أحدهما لم يحكم على المسلم ، ولا له بقيمة خمر ، وإن كان خنزيراً فأسلما أو أسلم أحدهما فإنه يقضى بينهما بالقيمة (رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة) . (روى محمد عن زفر وعافية عن أبي حنيفة أنه كان يقول) : ان أسلم المغصوب ،فطلب الخمر ،لم يقض له به ،وإن أسلم الغاصب فعليه قيمة الخمر، وإن أسلما جميعاً بطلت (وهو قول محمد) .

(وقالوا) : إن اغتصب مسلم ذمياً خمرا كانت عليه قيمتها ، ولا يكون عليه خمر مثلها . وإن اغتصب مسلم ذميا خمراً فجعلها خلاً كان له أخذها ، أو قيمة الخل ، وإن اغتصبه جلد ميتة فدبغه ثم استهلكه لم يكن عليه شيء (في قول أبي حنيفة) والفرق (عنده) بين الخمر إذا صارت خلاً ، والجلد إذا دُبغ أن صاحب الخل لو أصاب خله كان له أخذه ، ولم يغرم شيئاً وإن صاحب

الجلد لو أصاب الجلد كان له أخذه ويغرم ما زاده الدابغ .

وقال أبو يوسف ومحمد : عليه إن استهلكه قيمة الجلد ويعطيه صاحب الجلد قيمة الدباغ .

وقال أبو ثور : إن اغتصب الذمي ذمياً خمراً ، ثم ارتفعوا إلينا فاخترنا الحكم عليهم لم نحكم عليه إلا بما نحكم به بين المسلمين ، ولا نحكم عليهم بثمن خمر ولا خنزير ولا حرام ، وإن اغتصبها مسلم من مسلم واستهلكها فلا شيء عليه .[1] (**قال**) : وإن اغتصبه جلد ميتة مما يؤكل[2] لحمه فدبغه فهو للذي اغتصب منه ، وإن استهلكه كانت عليه قيمته ، وذلك أنه لما دبغه حل بيعه ، وكان بالدباغ متطوعاً لا شيء له[3] فلما استهلكه بعد أن حل[4] كان له قيمة ، والخمر لا قيمة لها[5] فلا يحل بيعها .

وأجمعوا : أنه اذا اغتصبه عبداً أو أمة فلا شيء على المغصوب منه . آخر كتاب الغصب من الاختلاف والحمد لله وصلى الله على محمد وآله وسلم .

وكتب محمد بن أحمد بن ابراهيم الإمام

---

(١) اشراف : وكان أبو ثور يقول : ان اغتصبه الخ .
(٢) اشراف : يوكل قيمته ، قال : وذلك الخ .
(٣) ن : فيها .
(٤) ن : كانت قيمة .
(٥) اشراف : ولا .

خرم
الضمان والكفالة والحوالة

[1]قضائه اياه ذلك وذلك انه (كان يقول) الكفالة والضمان والحوالة معنى واحد ، وفي ضمان الضامن للمضمون له ما على غريمه وقبوله الضمان منه (عنده) براءة المضمون عنه من المال ، ووجوبُه[2] له على الضامن ، فللضامن من أجل ذلك المطالبة بالمال الذي كان[3] عليه للمضمون له مثل الذي كان من ذلك للمضمون له (على قوله) .

فإن اتَّبع المضمون له بما كان له على غريمه الضامن فلم يقضه الضامنُ ما ضمن له عن صاحبه حتى قضى المكفول عنه الكفيل ما تكفل عليه لغريمه ، فذلك حق للكفيل كان[4] له قبل المكفول عليه يفعل به ما بدا له بمنزلة دين كان له قبل غريم له فقضاه إياه ، وذلك أن اتباع الغريم الكفيل براءة للمكفول عليه مما كان له قبله ، وتحوّلٌ منه بحقه الذي كان له عليه على الكفيل وإن قضى ذلك المضمون عليه الضامن بعد اتباع الغريم بدينه الذي عليه الأصل ، وهو المضمون عنه كان للمضمون عنه حينئذ (عندنا) الرجوع على الضامن بما أعطاه من ذلك لأنه أعطاه مالاً يحسب أنه لازم له إعطاؤه ، وهو له غير لازم ، فالواجب[5] عليه رده عليه وغير جائز له إنفاقه ، ولا التصرف به ، وذلك أن الضامن قد بريء من الضمان باتباع المضمون له المضمون عنه ، فلا شيء للضامن قبل المضمون عنه (عندنا) .

وأما على قول مالك : فإن كان المضمون عنه أعطى الضامن ما أعطاه من

---

(١) ضاع ما كان قبل هذا من الكتاب فكتب في أعلى هذه الصفحة : فيه متفرقات الضمان : ولعل القائل هنا أبو ثور : قال ابن المنذر في الأشراف : وكان أبو ثور يقول : الكفالة والحوالة سواء .

(٢) أي للمضمون له .

(٣) أي على المضمون عنه .

(٤) ن : كان قبل .

(٥) أي على الضامن .

ذلك ليؤديه إلى المضمون له فليس للضامن إنفاقه ولا التصرف به ، وذلك أن الضامن في هذه الحال (على قوله) فيما أعطى على سبيل ما وصفت وكيل المضمون عنه في إيصال ما دفع إليه ليوصله إلى غريمه ، فليس له في ذلك إلا ما لوكيل الرجل في ماله ، وإن كان أعطاه ما أعطاه على أنه قضاء منه له ما لزمه له بسبب ضمانه عنه ما ضمن لغريمه فإن الواجب (على قوله) أن لا يتصرف به ، وأن يرده على المضمون عنه لأنه لا سبيل للمضمون[1] له على الضامن (في قوله) ما كان المضمون عنه مليّا[2] (في القول الذي رجع إليه آخراً) ، وإذا كان ذلك كذلك لم يكن للضامن في الحال التي لا سبيل للمضمون[1] له اخذ ما للمضمون عنه على وجه الإقتضاء مما لزمه بضمانه لغرمائه ما ضمن له .

وأما على قياس قول الأوزاعي والثوري والشافعي : فإنه ليس للضامن التصرف به ، ولا إنفاقه والواجب عليه إما رده على المضمون عنه ، وإما قضى غريمه ذلك عنه ليبرأ به من حقه قبله ، لأن (قياس قولهم) إنه ليس للضامن قِبَلَ المضمون عنه مال بضمانه عنه ، ما لم يقض غريمه الدين الذي ضمن له عنه[3] .

وقال أبو حنيفة واصحابه : إن قضى المكفول عنه الكفيل المال الذي كفل عنه قبل أن يقضي المكفول له ما كفل له على صاحبه فجائز .

(قالوا) : وللكفيل أن يتصرف به ، أو يكون له فضله من قبل أنه له ،

---

(١) ن : عليه .

(٢) قال الطحاوي في كتاب الكفالة والحوالة من كتاب اختلاف الفقهاء في باب في الكفالة بالمال : وقال مالك : إذا كان المطلوب ملياً بالحق لم يأخذ الكفيل الذي كفل به عنه ، ولكنه يأخذ حقه من المطلوب فإن نقص شيء من حقه أخذه من مال الحميل إلا أن يكون الذي عليه الدين فيخاف صاحب الحق إن يحاصه الغرماء ، أو كان غائباً فله أن يأخذ الحميل ويدعه . قال ابن القاسم : وقد كان مالك يقول له أن يأخذ أيهما شاء ، ثم رجع إلى هذا القول : قال المصحح لعل صوابه : أن يموت الذي عليه .

(٣) ام : الكفالة والحمالة والشركة : قال الشافعي : وإذا كان للرجل على الرجل المال فكفل له به رجل آخر ، فلرب المال أن يأخذهما ، وكل واحد منهما لا يبرأ كل واحد منهما حتى يستوفي ماله إذا كانت الكفالة مطلقة ، وإذا كانت الكفالة بشرط كان للغريم أن يأخذ الكفيل على ما شرط له دون ما لم يشرط .

ولو هلك منه كان ضامناً له من قبل أنه أخذه على وجه الأقتضاء .

(قالوا) : ولو اقتضاه الطالب من الذي عليه الأصل وغاب الكفيل ، ثم تقدم ، فإن للذي عليه الأصل أن يرجع بذلك على الكفيل من قبل انه أداها إلى الكفيل الأول مرة وأداها إلى الذي له الأصل .

(قالوا) : ولو أن الذي عليه الأصل لم[1] يؤدها إلى أحد ، ولكنه دفعها إلى الكفيل فقال : أنت رسولي بها إلى فلان الطالب، فهلكت من الكفيل ، كان الكفيل مؤتمناً في ذلك ، ويرجع به على الذي عليه الأصل .

(قالوا) : ولو لم يهلك من الكفيل ، ولكنه عمل به فربح كان له الربح ، وإن وُضع كانت عليه الوضيعة ويتصدق بالربح من قبل أن المال هو غاصب له .

(قالوا) : ولو كان الدين طعاماً فأرسل به الذي عليه الأصل مع الكفيل إلى الطالب فباعه الكفيل ، ثم اشترى طعاماً مثله بدون ذلك فقضاه الذي[2] عليه الأصل فإن الربح له (في قول أبي حنيفة) .

(وقال أبو حنيفة) : يتصدق به أحب إليَّ .

(قال) : ولو كان أعطاه الطعام اقتضاء مما كفل به فباعه فربح فيه ، فإن الربح له ، ولو تصدق به كان أحب إلي . **(وقال أبو يوسف ومحمد)** : لا يتصدق به .

وأما (على قول أبي ثور) : فإن المضمون عنه إذا أعطى الضامن المال الذي ضمنه عنه لغريمه فقد ملّكه لأنه دين له عليه اقتضاه منه ، فله انفاقه والتصرف به ، وسواء كان قبضُه ذلك من المضمون عنه قبل أدائه إلى المضمون له ما ضمن له عنه ، أو بعد أدائه ذلك إليه لأنه بضمانه ما ضمن عنه قد صار المضمون عنه غريماً

---

(١) ن : يردها .

(٢) لعل صوابه : الذي له الأصل .

له ، وبرىء المضمون عنه مما كان للمضمون له قبله (في قوله) .

[1](قال) : وكفالة الرجل على كل من كفل عليه بمال المكفول له به ممن له على المكفول ذلك عليه جائز كائناً من كان ذلك المكفول عليه من ذكر ، أو أنثى قريب ، أو بعيد ولد أو والد صغير ، أو كبير بعد أن يكون المتكفل بذلك ممن يجوز فأما إن كان غير جائز حكمه في ماله فكفالته بما تكفل به من ذلك باطلة (وهذا الـذي قلناه **قيـاس** قول مـالك والأوزاعي والثـوري وهو **نص** قـول أبي حنيفة وأصحابه ، **وقياس** قول الشافعي وأبي ثور) .

ولو أن رجلاً له على رجل ألف درهم ، إلى أجل ، فكفل بها رجل ولم يسم في الكفالة الأجل وتصادق الكفيل المكفول له على الأجل غير أن المكفول له طالب الكفيل إذ لم تكن وقعت عليه له شهادة بضمانه إلى الأجل الذي يحل بمجيئه المال على المكفول عليه ، فإنه لا يجب للمكفول له على الكفيل مطالبة قبل محل الأجل الذي إليه المال على صاحب الأصل ، لأن المال المضمون عن المضمون عنه إلى أجل فلا يصير حالاً على الذي[2] هو عليه إلا بإبطاله الأجل وإنما يقوم الضامن إذا اتبعه المضمون له مقام المضمون عنه ، ولا يصير المال عليه حالاً بضمانه إياه .

(**وقال أبو حنيفة وأصحابه**) : لو كان لرجل على رجل ألف درهم إلى أجل فكفل بها رجل ، ولم يسم في الكفل إلى أجل فان كفـل فإن الكفيل لها ضامن إلى ذلك الأجل وإن لم يسم شيئاً .

فإن مات الكفيل قبل محل الأجل فـأراد المكفول لـه أخذ حقـه من مال الكفيل ، ولم يكن اختار قبل ذلك مطالبة الذي عليه الأصل ولا اتبعه به بعد ضمان الضامن له به الى أن أراد أخذه من مال الضامن بموته قبل مجيء الأجل

---

(١) اي الطبري .

(٢) ن : الذي عليه .

الذي إليه المال على الذي عليه الأصل ، فإن ذلك[1] للمضمون له لأن الذي على الميت إلى أجل يحل بموته ، وإن كان اتبع بذلك المضمون عنه قبل قيامه بالمطالبة به في مال الضامن بعد موته لم يكن له ذلـك ، وكان حقـه على المضمـون عنه ، والضامن منه بريء لما قـد وصفنا قبـل ، وإذا كان الضـامن منه بـريئاً لم يكن للمضمون له بسبب ما كان منه بريئاً على ماله سبيل .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : إن مات الكفيل قبل الأجل فهي عليه حالّة تؤخذ من ماله (قال) : فإن أخذ المكفول له ذلك[2] بقيامه في مال الكفيل من مال الكفيل قبل اتباعه الذي عليه الأصل لم يكن لورثة الكفيل بسبب ما اخذ المكفول له من ماله مطالبة المكفول عنه قبل انقضاء الأجل الذي بمجيئه يحل المال عليه من أجل أنه لم يكن للمكفول له اتباع الكفيل به قبل انقضاء ذلك الأجل لو كان حياً ، وإنما كان له أخذه من ماله بموته لما ذكرنا من العلة ، وهي أن ما كان عليه من دين الى أجل صار حالاً بموته ، فليس لورثته من اتبـاع المكفول عنـه الأصل الذي كان له في حياته ، وكذلك لو كان[3] الميت هو الذي عليه الأصل قبل الأجل فأخذ حقه من ماله بحلول ما عليه من ديون غرمائه إلى أجل واختياره القيام بأخذه من ماله دون اختياره اتباع الكفيل به كان ذلك له إلا أن يكون قد كان اتبع الكفيل به قبل موت المكفول عنه ، أو قبل قيامه بذلك في مال الذي كان عليه الأصل ، فلا يكون له حينئذ على ماله سبيل ، وإنما يكون له اتباع الكفيل حينئذ ويصير الكفيل باتباع المكفول له إياه بدينه غريماً من غرماء المكفـول عنه يضرب في ماله بما اتبعه به المكفول له مع سائر غرمائه .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : إن أخذ المكفول له حقه من مال الكفيل بموته لم

---

(١) ن : المضمون .

(٢) اي قيامه بأخذه .

(٣) كذا في النسخة ، ولعل صوابه : الميت قبل الأجل هو الذي عليه الأصل .

يرجع ورثته على الذي عليه الأصل حتى يحل الأجل . (قالوا) : ولو مات الذي عليه الأصل قبل الأجل حلت عليه ، ولم تحل على الكفيل إلا إلى الأجل .

[1](**قال**) : ولو أن رجلاً له على رجل ألف درهم حالّ من ثمن بيع ، فكفل به له رجل إلى سنة فالكفالة جائزة (في قول الجميع) ، ولا سبيل لرب المال على الكفيل حتى ينقضي الأجل ، وله إن شاء اتباع المكفول عنه بحقه حالاً ، فإن اتبع المكفول عنه به بريء الكفيل من[2] تباعته قبله بذلك للعلة التي قد بينا قبل .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : ليس للطالب أن يأخذ الذي عليه الأصل[3] بها حتى يحل الأجل (قالوا) : وهذا من الطالب تأخير عن الذي عليه الأصل . (وقالوا) : ألا ترى أنه لو كان عليه ذكر حق بألف درهم وفلان كفيل به إلى سنة كان عليهما جميعاً إلى سنة .

(وهذا إغفال منهم على مذهبهم) لأن[4] لرب المال عندهم لو أبرأ الضامن مما ضمن له لم يبرأ المضمون عنه ، وكان للمضمون له اتباع المضمون عنه بحقه حتى يستوفي جميعه ، فكذلك كان الواجب عليهم أن يقولوا : إذا أخر الضامن بما ضمن لم يكن ذلك تأخيراً منه للمضمون عنه .

القول في الكفالة بالمال إلى الأجال

وإذا كفل رجل لرجل بمال له على أخر إلى العطاء ، أو خروج الرزق ، أو الحصاد ، أو الدياس ، أو النوروز ، أو المهرجان ، أو صوم النصارى ، أو فصحهم ، أو ما أشبه ذلك فهو حائز (للعلة التي ذكرناها في الحوالة) (وكذلك **كان ابو حنيفة وأصحابه يقولون**) :

---

(١) أي الطبري .
(٢) بياعته .
(٣) كذا في النسخة : أي الدراهم : ولعل صوابه : به : أي الأصل .
(٤) كذا في النسخة .

ولو كان الكفيل قال للمكفول له : إن مات فلان قبل أن يعطيك الألف الدرهم الذي لك عليه فأنا به كفيل لك ، أو كان ذلك إلى أجل فقال : إن حل فلم يعطه ، فأنا به لك كفيل ، أو فهو لك عليّ فإن ذلك جائز ، وللمكفول له أخذ الكفيل به إن انقضى الأجل ، أو مات الذي عليه الأصل قبل أن يعطيه حقه ، أو يبرأ منه لإجماع جميعهم على إجازة الكفالة إلى أجل معلوم ، فالأجل المجهول غير مبطل الصحيح من الكفالة صح الأجل أو بطل ، إذا لم يكن ذلك على وجه المخاطرة ، وذلك أن الجميع مجمعون على أن رجلاً لو قال لرجل : بايعْ فلاناً فما أوجب لك عليه من كذا إلى كذا فهو لك عليّ ، فبايعه المقول ذلك له ولزمه له مال مبلغه الحد الذي حده له ، أو دون ذلك إن ذلك لازم الآمر بمبايعة صاحبه وذلك أجل لا شك فيه مجهول لأنه لم يحد له في ذلك أجلاً محدوداً ، وإنما حد لمبلغ المال حداً ، فكذلك قوله : إذا مات فلان أو انقضى الأجل (وكالذي قلنا في ذلك قال أبو حنيفة وأصحابه) .

وإن كفل رجل على رجل بألف درهم لرجل له عليه ذلك إذا مطرت السماء أو هبت الريح ، أو إذا قدم فلان فإن الآجال في ذلك كله (عندنا)[1] باطلة والكفالة جائزة ، والمال على الكفيل إن اتبعه به رب المال على ما بينا قبل حالّ ، وإنما أبطلنا الأجل في ذلك ، وجعلنا المال حالاّ لإجماع الحجة على ذلك (وكذلك كان أبو حنيفة وأصحابه يقولون) .

وإذا كفل رجل على رجل بألف درهم لغريم له على أن يعطيه إياه من وديعة عنده لرجل آخر فإن ذلك كفالة باطلة لا يلزم الكفيل بها شيء لأنه إنما وعد رب المال أن يقضيه ما له على غريمه من مال لا يجوز له قضاؤه منه لأنه له غير مالك ، ولم يضمن له على أنه عليه فيكون ذلك ضماناً .

---

(١) ن : باطل .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : هذه كفالة جائزة ، (وقالوا) : إن هلكت الوديعة فلا ضمان على الكفيل .

وإذا كان لرجل عند رجل ألف درهم وديعة ، وعلى الذي له الوديعة ألف درهم لرجل ، فسأل الذي له الوديعة الذي عنده ذلك له أن يضمن الوديعة حتى يدفعها إلى الذي له عليه الألف الدرهم ديناً قضاء من دينه ففعل ذلك الذي عنده الوديعة كان ذلك ضماناً باطلاً ، ولم تكن الوديعة عند المودع مضمونة إلا أن يحدث فيها المودع حدثاً يلزمه به ضمانها ، وكان لربها أخذها من المودع ، ولم يكن لغريم رب الوديعة على المودع سبيل بسبب ضمانه الوديعة لربها ، وإن هلكت الوديعة عنده لم يكن للمودع ولا[1] للغريم عليه بسبب ذلك سبيل إذا لم يكن أحدث فيها حدثاً يلزمه بسببه ضمانها ، وذلك أن الأمانة لا تصير مضمونة على المؤتمن إلا بإحداثه فيها من الحدث ما يلزمه به ضمانها ، فأما بقوله : أنا لها ضامن فلا تصير مضمونة بإجماع الجميع على ذلك ، إذا كانت على غير وجه ضمانها لغريم لربها ، فكذلك حكمها في جميع الأحوال .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : إن طلب رب الوديعة إلى الذي عنده الوديعة أن يضمن الوديعة حتى يدفعها إلى فلان قضاءً بدينه ففعل كان ذلك جائزاً ، ولم يكن لصاحب الوديعة أن يأخذها من الكفيل .

قالوا : فإن هلكت برىء الكفيل وإن اغتصبها إياه رب الوديعة برىء الكفيل ، وإن اغتصبها إنسان آخر فاستهلكها برىء الكفيل ، (قالوا) : وكذلك لو ضمن له ألف درهم على أن يعطيه إياه من ثمن هذه الدار ، فلم يبعها لم يكن على الكفيل ضمان .

ولو كفل رجل على رجل بمال عليه لرجل على جُعل جعله له المكفول

(١) ن : للكفيل .

عليه[1] فالضمان على ذلك باطل ، ولا يلزم الضامن للمضمون له شيء إن كان ضمن له ما ضمن على شرط جُعْل على الذي عليه المال ، أو على المضمون له في حال الضمان ، وإن كان ضمانه للمضمون له ما ضمن عن غريمه بغير شرط[2] كان في حال الضمان عليه الجعل ، ولا على غريمه كان للمضمون له اتباع الضامن بما ضمن له عن غريمه ،ولم يكن للضامن من اتباع من جعل له على ذلك جعلاً بما جعل له (وهذا قول أبي حنيفة واصحابه) .

ولو أن رجلاً كفل على رجل بمال عليه لأخر معلوم ، فاختلف الذي له المال والكفيل والمكفول عنه ، فقال الكفيل : هو مائة ، وذلك جميع ما كفلت له عنه ، وقال المكفول عنه : هو مائتان وذلك الذي كفل علي[3] للغريم ، وقال المكفول له : هو ثلثمائة فإن القول فيما يلزم الضامن إن اتبعه المضمون له بما ضمن له دون غريمه الذي عليه الأصل قول الضامن مع يمينه فيما أقر به أنه ضمن له عن غريمه إذا لم تكن للمضمون له بينة وعلى المضمون عنه الفضل عما أقر الضامن أنه ضمن عنه مما أقر به على نفسه ، والقول قول المضمون عنه في الزيـادة التي ادعاهـا عليه المضمون له عما أقر به له مع يمينه ، لأنه لا يلزم أحداً مال بدعوى مدع ذلـك عليه .

وإن كان الضامن ضمن مالاً عن المضمون عنه للمضمون له غير محدود المبلغ ، وقال له : أنا ضامن لك ما لك على فلان من المال من غير أن يبين له مبلغ ذلك فإن ذلك (عندنا) ضمان باطل لا يلزم الضامن له شيء لإجماع الجميع على أن رجلاً لو قال : ما لزم فلاناً اليوم من دين ، فهو عليّ من غير أن يبين المضمون ذلك له أن ذلك ضمان باطل ، فكذلك ذلك إذا لم يكن المضمون للمال مبيناً .

---

(1) لعل صوابه : أو المكفول له فالضمان الخ .

(2) لعل صوابه : شرط جعل كان في حال الضمان عليه ، ولا الخ .

(3) ن : الغريم .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : إذا ضمن ضامن لرجل مالاً على رجل ، ولم يحد له مبلغ ذلك فالضمان جائز ، فإن اختلف الضامن والمضمون له والمضمون عنه فأقر الكفيل أنه مائة درهم ، وادعى الطالب أكثر من ذلك وأقر المكفول عنه بما قال الطالب ، فإن القول في ذلك قول الكفيل مع يمينه على علمه ، ويؤخذ بما أقر به ، ويؤخذ المكفول عنه بالفضل الذي أقر به .

ولو قال الضامن : الذي ضمنت للمضمون له مائة درهم ، وقال المكفول له : بل كفل لي عشرين ديناراً ، وقال المضمون عنه : بـل ضمن له عني كـر حنطة ، وذلك عليّ دون ما يدعي من الدنانير ، فإن القول في ذلك قول الكفيل مع يمينه إن كان اتبعه به دون[1] المضمون عنه إلا أن تكون له بينة على ما يدعي . وإن نكل المتبوع[2] منهما عن اليمين استُحلف المكفول له[3] ولزمه ما ادعى قبله من حقه إن حلف وبريء المتبوع[4] ، والذي كان عليه الأصل في الحكم[5] بما أقر له به لأنه يبرئهما منه .

وقال ابو حنيفة وأصحابه : لو أقر الكفيل بمائة درهم وادعى المكفول له عشرين ديناراً ، وأقر المكفول عنه بكر حنطة فإن للطالب أن يُحلف الكفيل على العشرين الدينار ، فإن حلف بريء منها ، وإن نكل عن اليمين لزمته ويُحلف المكفول عنه عليها فإن حلف بريء منها ، وإن نكل عن اليمين لزمته ، وهما جميعاً بريئان من الدراهم والطعام ، لأن الطالب لم يدعي شيئاً من ذلك على واحـد منهما .

وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم إلى أجل ، فقال رجل : إن حَلَّ

---

(١) ن : الكفيل الا .
(٢) ن : منها .
(٣) اي لزم المتبوع .
(٤) أي إن اتبع الكفيل دون الذي عليه الأصل .
(٥) لعّل صوابه : مما .

مالك هذا على فلان فلم يوفّكه فهو لك عليّ ، فإن حل المال فلم يوفه مع حلوله ، فهو على الكفيل ، وكذلك إن قال : إذا حل مالك على فلان فهو عليّ[1] ، فإن حل الأجل الذي ضمن له بمضيه إن لم يوفه غريمه ما له عليه ، فإن للمكفول له بمضيه إن لم يوفه غريمه بماله الخيار في اتباع من شاء من غريمه ، والكفيل بماله فأيهما اتبع بذلك كان الآخر بريئاً ، ولزم ذلك المتبع به ، ولو كان المال حالاً فقال له : إن لم يعطك مالك فلان فهو عليّ ، فتقاضى الطالب المطلوب ، فلم يعطه حتى تقاضاه كان للمكفول له الخيار على ما وصفنا .

وقال أبو حنيفة وأصحابه في ذلك مثل الذي قلناه ، وقد بينا العلة في المسألة قبلها .

القول في الجماعة يضمنون عن رجل عليه لاخر مال ثم يضمن ذلك الضمناء له بعضهم عن بعض

وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم من ثمن متاع باعه إياه ، وكفل بذلك عليه ثلاثة نفر كل واحد منهم بثلثه وكفل الكفلاء بذلك بعضهم على بعض وضمنوه له فإن للذي له المال أن يتبع بحقه من شاء من الذي عليه أصل ماله ومن الكفلاء ، فإن اتبع الذي عليه أصل ماله برىء الكفلاء كلهم من كفالتهم له بما كفلوا له ، وإن اتبع بعض الكفلاء بذلك كله دون الآخرين برىء الذي عليه الأصل والكفيلان اللذان ترك اتباعهما به ، وكانت له مطالبة الذي اتبعه بجميع حقه ، وذلك أن كل واحد ضامن له جميع ماله الثلث من ذلك بضمانه إياه له عن الذي عليه الأصل ، والثلثان الآخران بضمانه ذلك عن صاحبيه اللذين هما معه في الضمان عن الذي عليه الأصل ، فإذا كان ذلك كذلك فبيّن أن له على القول الذي دللنا على صحته أن يتبع بجميع حقه من شاء من صاحب الأصل ،

(١) ن فإن : الأجل .

والكفلاء على ما قد بينا ، وأنه إن اتبع أحد الكفلاء بجميع ماله برىء الآخرون من تباعته قبلهم ، وإن اتبع بعضهم بما كفل له عن صاحب الأصل خاصة دون ما كفل له من ذلك عن صاحبيه ، فله ذلك لأن الذي كفل له من ذلك عن كل واحد منهم غير الذي كفل له عن الآخرين فإذا كان ذلك كذلك فاتباعه إياه بما وجب له من قبل بعضهم غير موجب للأخرين براءة من مطالبته قبلهم بما لزمهم له ، وإنما ذلك براءة لمن انتقل عنه بما له عليه إلى من انتقل إليه ، وإذا اتبعه بما كفل له عن صاحب الأصل برىء الذي كان عليه أصل ماله[1] إذ الكفلاء ثلاثة من ثلث ماله وبريء ايضاً من ذلك شريكاه في الكفالة ، ثم كان له أيضاً الخيار في الثلثين الآخرين إن شاء اتبع بذلك الذي عليه الأصل ، وإن شاء اتبع بجميعه أحد الكفلاء الثلاثة فأيهم اتبع به كان براءة للآخرين منه ، وإن اتبع بعضهم بثلث آخر ، وهو نصف الباقي من حقه كان ذلك أيضاً براءة لمن ترك تباعته به ، وكان له من الخيار في اتباع من شاء أيضا بالثلث الآخر على نحو ما قد بيناه ، وهذا (على مذهب ابن شبرمة) (في القول الذي ذكرنا عنه في **الضمان**)[2] .

واما (**على قول مالك**) : فإنه لا سبيل للمضمون له (في قوله الآخر) على أحد من الضمناء ما دام الذي عليه الأصل ملياً بحقه فإن أعدم كان له حينئذ اتباع الضمناء بحقه .

وأما (على **قياس** قول الأوزاعي والثوري وهو **قول** أبي حنيفة وأصحابه) فإن لرب المال أخذ الذي عليه الأصل والكفلاء جميعاً أو من شاء منهم بجميع حقه

---

(١) ن : ان .

(٢) طحاوي : قال أبو يوسف وابن شبرمة في الكفالة : إن اشترط أن كل واحد منها كفيل عن صاحبه فأيهما اختار ابرأت الآخر ، إلا أن يشترط أن يأخذهما إن شاء جميعاً ، وإن شاء شتى .
وروى شعيب بن صفوان عن ابن شبرمة فيمن ضمن عن رجل مالاً : أنه يبرأ المضمون عنه والمال على الكفيل . وقال في : رجل أقرض رجلين ألف درهم على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه ، فليس له أن يأخذ أحدهما بجميع المال إنما له أن يأخذه بما كفل به عن صاحبه ، وهذا خلاف رواية أبي يوسف .

إن شاء اخذهم بجميعه جميعاً معاً ، وإن شاء أخذ به بعضهم دون بعض ، ولا يبرىء أخذه من أحد منهم بجميع حقه اخذه به منه الباقين حتى يستوفي جميع حقه منهم ، أو من بعضهم سواء في ذلك كان بعضهم به ملياً أو غير ملي في أن له اتباع الآخرين بجميع ذلك (على ما وصفت في قولهم) .

وهذا القول أيضاً (**قياس** قول الشافعي) .

[1]وأما (على **قياس** قول ابن أبي ليلى) فإن النفر الثلاثة إذا ضمنوا عن الذي عليه أصل المال بأمره لرب المال ما له عليه برىء المضمون عنه من مطالبة غريمه إن كان الضمناء أملياء بما ضمنوا عنه لغريمه ، وكان الغريم اتباع كل واحد من الضمناء بثلث ما كان له على صاحبه ، وكذلك ذلك إذا ضمن له كل واحد من الضمناء الثلاثة عن كل واحد من صاحبيه ما عليه له بضمانه عن صاحب الأصل ، لأن ما على كل واحد منهم بذلك الضمان يتحول على ضامنه ذلك عنه فيصير عليه ويبرأ المضمون ذلك عنه .

وهذا (**قياس** قول أبي ثور في ذلك) .

فإن أخذ بعض الكفلاء رب المال بحقه كله فأداه إليه والمسألة على ما ذكرنا قبل كان للمؤدي اتباع صاحب الأصل بثلث ما أدى إلى غريمه عنه بضمانه عنه لأن الذي ضمن عنه لغريمه كل واحد من الضمناء الثلاثة الثلث دون الجميع ، وكان له الخيار بعد في اتباع من شاء من صاحبيه بنصف جميع المال ، وذلك ثلث

---

(١) ام ق : اختلاف أبي حنيفة ، وابن أبي ليلى : باب الحوالة والكفالة والدين : وإذا كان لرجل على رجل دين ، فكفل له به عنه رجل . فإن أبا حنيفة كان يقول : للطالب أن يأخذ أيهما شاء . فإن كانت حوالة لم يكن له أن يأخذ الذي أحاله لأنه قد ابرأه . وبهذا يأخذ . وكان ابن أبي ليلى يقول : ليس له أن يأخذ الذي عليه الأصل فيهما جميعا لأنه حيث قبل منه الكفيل فقد ابرأه من المال إلا أن يكون المال قد توى قبل الكفيل فيرجع به على الذي عليه الأصل ، وإن كان كل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه كان له أن يأخذ أيهما شاء في قولهما جميعا . . وقـال ابن المنذر : وكان أبو ثور يقول الكفالة والحوالة معنى واحد ، ولا يجوز أن يكون مالاً واحدا على اثنين ، وبه قال ابن أبي ليلى إلا أن يشترط المكفول له أن يأخذ أيهما شاء . . .

جميعه وسدسهُ وهو حصة من اتبع منهما مما لزمه بكفالته لرب المال عن الذي كان عليه الأصل ونصف حصة الثالث ، وهو السدس . فإن اتبع أحدهما بذلك برىء صاحبه الآخر من مطالبته قبله فيما أدى إليه صاحبه عنه ، وكان له اتباعه بالسدس الباقي له عليه ، وإنما كان له اتباع من شاء منهما على ما وصفت لأنه بأدائه إلى الغريم جميع ما كان له على المضمون عنه قد أدى عن كل واحد من صاحبيه بأمره إياه إلى الغريم جميع ما لزمه له بضمانه ما ضمن له عن الذي عليه الأصل ، وما لزمه له بضمانه عن شريكيه في الضمان .

وإنما (لم نجعل) للذي أدى جميع المال أن يرجع على أحد الشريكين في الكفالة بالثلثين كله ، لأن الثلث الذي كان لزم الثالث كان كفيلاً عنه به الثاني ، ومؤدى الجميع فإنما كان له اتباعه بنصف ذلك ، وإن شاء اتبع كل واحد منهما بنصف الثلثين ، وذلك ما ضمنه عنه مما كان عليه بضمانه عن الذي كان عليه الأصل دون الذي لزمه بضمانه عن[1] شريكيه في الضمان معه .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : إذا كان لرجل على رجل ألف درهم من ثمن متاع باعه إياه ، وكفل به عنه ثلاثة نفر ، وبعضهم كفيل على بعض[2] ضامنين لذلك ، فأدى أحد الكفلاء المال فإن له أن يرجع على الذي عليه الأصل بالمال كله ، وله أن يرجع على شريكيه في الكفالة إن شاء بثلثي المال ، ويترك صاحب الأصل ، وإن شاء ترك أحد الكفيلين ، وأخذ الآخر بالنصف ، ثم[3] يتبع هو الذي أدى إليه النصف الكفيل الآخر بالثلث ، ثم يتبعون الذي عليه الأصل بالمال كله .

قالوا : ولو كان ثلاثة نفر عليهم جميعاً ألف درهم ، وبعضهم كفلاء عن

---

(١) ن : شريكه .
(٢) ن : ضامنون .
(٣) ن : تتبع .

بعض فأدى المال أحدهم كله ، فإنه إن شاء رجع على كل واحد منهما بالثلث ، وإن شاء رجع على أحدهما بالثلث ، وبالسدس حتى يكون قد أدى حصته[1] وشريكه في الغرم ، ثم يتبعان الآخر بالثلث .

وهذا (الذي قاله **أبو حنيفة وأصحابه**) في الثلاثة يضمنون عن رجل ألف درهم بأمره إياهم بضمان ذلك ويضمن كل واحد منهم عن كل واحد من صاحبيه ما لزمه من ذلك بضمانه (على قولهم) إذا كان ضمان كل واحد منهم عن المضمون عنه جميع الألف .

فأما (**على مذهبنا**) : فإن القول في ذلك خلاف ما قالوا (والقول في ذلك عندنا) إذا كان كل واحد منهم ضامناً عن صاحب الأصل جميع ما عليه لرب المال وهو ألف درهم ، وكان كل واحد من الكفلاء كفيلاً عن كل واحد من صاحبيه بجميع ما ضمن عن صاحب الأصل لرب المال ، إن لرب المال اتباع من شاء من الذي عليه الأصل والكفلاء ، فإن اتبع بحقه الذي عليه الأصل برىء الكفلاء كلهم مما لزمهم له بضمانهم عن الذي عليه الأصل حقه ومن كفالة بعضهم على بعض له به ، وان اتبع بعض الكفلاء بذلك برىء الذي عليه الأصل وسائر الكفلاء من ذلك ، ولم يكن لرب المال قبل أحد منهم مطالبة فإن أدى المتبع من الكفلاء بذلك الجميع كان له اتباع الذي عليه الأصل به .

ولو كان أصل المال على ثلاثة نفر ديناً عليهم ، وكل واحد منهم كفيل على كل واحد من صاحبيه بجميع ما عليه بأمره إياه بذلك فلقي رب المال أحدهم فطالبه بجميع حقه برىء صاحبا المطلوب منهم من مطالبة رب المال ، لأنه باتباعه أحدهم به قد ابرأ الاخرين من مطالبته للعلة التي بينت قبل . فإن أدى المتبع جميع ما لرب المال عليه ، وعلى شريكيه كان له اتباع من شاء من صاحبيه بثلث وسدس

(١) لعل صوابه : ونصف حصة شريكه .

جميع ما كان لرب المال عليهم الثلث بأدائه ما كان عليه له بضمانه ، ذلك عنه والسدس بأدائه إليه ما كان لزمه بكفالته عن شريكه ، ثم يتبعان جميعاً الثالث بما أديا عنه مما كان لزمهما بكفالتهما عليه ، وإنما (لم نجعل) لمؤدي جميع حق صاحب المال إليه اتباع الثاني بالثلثين لأنه إنما كفل عليه لرب المال ما كان له عليه وهو الثلث من جميع حقه ، وإن ما كان على الثالث فإنه والثاني كانا شريكين في الكفالة له عليه ، فإنما كان لزم كل واحد منهما نصف ذلك دون الجميع وهو السدس من أصل المال .

وإذا كفل رجل عن رجل بألف درهم لآخر ، ثم كفّل الذي عليه الأصل آخر فذلك جائز (في قول الجميع) .

ولصاحب الحق (عندنا) أن يتبع أي الثلاثة شاء بجميع حقه فإن اتبع الذي عليه الأصل بريء الكفيلان من تباعته قبلهما ، وإن اتبع أحد الكفيلين بذلك بريء الكفيل الأخر .

والذي عليه الأصل فإن أدى المتبع من الكفيلين ذلك كان له الرجوع به على صاحب الأصل ، ولم تكن له على الكفيل الاخر سبيل في قول الجميع لأنه إنما كفل ما كفل على صاحب الأصل دون الكفيل الأخر فإن لم يتبع رب المال بذلك أحداً من هؤلاء الثلاثة حتى قال الكفيلان جميعاً له : كل واحد منا لك على صاحبه كفيل بما لزمه لك من هذا المال بكفالته ذلك على فلان لك فكان ذلك من كل واحد منهما بأمر صاحبه إياه به ، ثم اتبع رب المال أحدهما بالمال كله فأداه إليه كان له إن شاء اتباع الذي كان عليه الأصل بجميع الألف ، وله إن شاء اتباع صاحبه في الكفالة بالنصف من الأول فإذا اتبعه بذلك النصف بريء الذي عليه الأصل من تباعته بذلك النصف فإذا قبض ذلك النصف منه كان له وللكفيل الآخر اتباع المكفول عليه بجميع ما كانا كفلاً عنه .

وهذا (قياس قول ابن شبرمة) .

واما (**على قول مالك**) : فإنه ليس لرب المال سبيل إلا على غريمه دون الكفيلين ما دام ملياً فإن صار معدماً[1] كان له اتباع من شاء من الكفيلين بماله فإن اتبع أحدهما به فقضاه حقه كله كان له الرجوع به على المتحمل عنه .

واما على قول **الثوري والأوزاعي** وهو قول **أبي حنيفة وأصحابه** وقياس قول **الشافعي** فإن لرب المال إذا كان الأمر على ما وصفنا اتباع من شاء من غريمه ، وكل واحد من الكفيلين حتى يستوفي جميع حقه فأيهم اتبع بذلك لم يبرأ الآخران من مطالبته به فإن أدى ذلك الغريم بريء هو والكفيلان منه وإن أداه أحد الكفيلين رجع بجميعه إن شاء على الذي عليه الأصل ، وإن شاء رجع بنصفه على شريكه في الكفالة ، ثم رجعا جميعاً على الذي عليه الأصل كل واحد منهما بنصفه .

واما على قول أبي ثور فإن الذي عليه المال بضمان الكفيل الأول عنه ما ضمن عنه قد بريء مما كان لرب المال عليه له وصار المال على الكفيل وكفالة الثاني عنه له ما كفل عنه من ذلك باطلة ، لأنه في حال ما كفل عنه لم يكن لرب المال عليه شيء ، وإنما لرب المال اتباع الكفيل بماله فإن كفل (على قوله) على الكفيل كفيل آخر ، وقبل الكفالة رب المال فقد بريء الكفيل الأول (على قوله) وصار المال على الكفيل الثاني ، فإن أدى ذلك الثاني الى رب المال ما كفل عن كفيل الذي عليه الأصل رجع به على من كفل به عنه وهو الكفيل الأول ورجع به الكفيل الأول على الذي عليه الأصل .

وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل به عليه رجل بأمره ، ثم إن الذي له المال أخذ الكفيل بذلك ، فأعطاه به كفيلاً آخر فأداه الآخر إلى الطالب باتباع المكفول له إياه ، فإنه لا سبيل له على الذي كان عليه الأصل بسبب أدائه ذلك الى رب المال ، لأنه لم يأمره بضمان ذلك عنه ولا ضمّمه عنه ، ولكنه إن أراد

---

(١) ن : معه مال .

اتباع الكفيل الأول الذي أمره بكفالته لرب المال به عليه كان له ذلك ، لأنه عنه ضمن لا عن الذي عليه الأصل ، وللكفيل الأول اتباع الذي عليه الأصل به .

وهذا الذي قلنا في ذلك (**قياس** قول مالك والأوزاعي والثوري وهو قول أبي حنيفة وأصحابه **وقياس** قول الشافعي وأبي ثور) .

واذا كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل به عنه رجلان ، ولم يقل كل واحد منهما كل واحد منا لك كفيل على صاحبه فإن كل واحد منهما يؤدي النصف ، ولا يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء ، ولكن صاحب المال إن اتبع الذي عليه الأصل[1] بماله برىء الكفيلان ، وإن اتبع أحد الكفيلين بما كفل كان له أخذه بنصف ما على صاحب الأصل ، وبرىء صاحب الأصل من ذلك النصف ورجع الكفيل المتبع بذلك على صاحب الأصل ، ثم إن اتبع بالنصف الآخر غريمه كان ذلك له وبرىء الكفيل الآخر من ذلك النصف[3] وإن اتبع به الكفيل الآخر برىء منه صاحب الأصل ، ورجع به المتبع على الذي عليه الأصل ، وهذا (**قياس** قول ابن شبرمة) .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : إذا كان لرجل على رجل ألف درهم ، فكفل به عنه رجلان ، ولم يقل كل واحد منهما إنه كفيل عن صاحبه فإن كل واحد منهما يؤدي النصف ، ولا يرجع على صاحبه بشيء ، فإن لم يؤد واحد منهما شيئاً حتى قالا للطالب : أينا شئت أخذت به ،أو : كل واحد منا كفيل ضامن له فهو جائز ويأخذ أيهما شاء بالمال كله فإذا أداه رجع على صاحبه بالنصف .

(قالوا) : وإن كانت هذه الكفالة متفرقة أو مجتمعة أو قالا هذه المقالة حين كفلا فهو سواء وإن لقي أحدهما فاشترط ذلك عليه بأمر صاحبه ولقي الآخر

---

(١) ن : ماله .

(٢) ن : ومن .

فاشترط مثل ذلك عليه بأمر صاحبه فهو سواء (عندهم) وأيهما أدى المال رجع على الكفيل معه بالنصف .

وإذا كتب رجل ذكر حق على رجل بألف درهم ، وفلان وفلان كفيلان به وأيهم شاء أخذه به فأقر المطلوب والكفيلان بذلك فهو جائز . فإن اتبع رب المال أحد الكفيلين بما له عليه بالكفالة فأداه إليه لم يكن له الرجوع بما أدى من ذلك على المكفول به عنه إن لم يكن كفل عنه ما كفل بأمره . وإن اختلف الكفيل[1] المؤدي والمكفول عنه ، فقال الكفيل : أديت ما أديت عنك إلى غريمك بأمرك فهو عليك ، وقال المكفول عنه : بل أديت ذلك عني بغير أمري ، وكنت به متبرعاً كان القول في ذلك قول المكفول عنه مع يمينه في أنه أدى ما أدى عنه بغير أمره ، فإن حلف بريء إلا أن يأتي الكفيل ببينة عادلة أنه أدى ما أدى عنه إلى غريمه بأمره إياه بأدائه إليه ، فإن احضر الكتاب الذي ذكرنا فشهد الشهود على الذي كان عليه المال ، وعلى الكفيلين بما فيه ولم يكن فيه إلا وفلان وفلان كفيلان بذلك ، وأيهما شاء أخذه به لم يكن للكفيل المؤدي على المؤدى عنه سبيل بما أدى عنه إلا أن يكون في الكتاب وفلان وفلان كفيلان بذلك على فلان بأمره إياهما بذلك ، وشهد الشهود على إقرارهم بذلك . فإن كان في ذكر الحق وشهد الشهود على إقرارهم به فقضى حينئذ للكفيل المؤدى عنه بما أدي عنه إلى غريمه من ذلك ، والذي يلزمه كل واحد من الكفيلين اللذين كفلا لرب الألف الدرهم الذي على المكفول عليه على ما وصفت في كتاب ذكر الحق النصف منه وهو خمس مائة ، وذلك أنهما جميعاً كفلا لرب المال بالألف ولم يتفرد كل واحد منهما بضمان جميع ما له عليه ، فإن كان في كتاب ذكر الحق ، وكل واحد من فلان وفلان كفيل لفلان بجميع الألف ، أو بجميع ذلك ، أو بجميع ما عليه من المال المسمى مبلغه في هذا الكتاب ، وهو ألف درهم فاتبع غريم المكفول عليه أحد الكفيلين بجميع ما له على المكفول عليه

---

(١) ن : والمؤدي .

كان ذلك له حينئذ ، وإنما (جعلنا ذلك[1] له) لأن كل واحد من الكفيلين قد ضمن له على انفراده جميع ما له على غريمه .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : لو كتب الغريم ذكر حق على رجل بألف درهم وفلان وفلان كفيلان به وأيهم شاء أخذه به فأقر المطلوب والكفيلان بذلك فهو جائز وإن أدى أحد الكفيلين المال رجع على الذي عليه الأصل به كله ، وإن شاء رجع على الكفيل معه بنصفه (قالوا) : وإقرارهما بهذا القيل بمنزلة طلب الذي عليه الأصل إليهما أن يكفلا عنه .

وإذا كان لرجل على ثلاثة أنفس ألف درهم ، وبعضهم كفيل بذلك عن بعض بأمر بعضهم بعضاً فاتبع رب المال أحدهم بالألف فإن كان كل واحد من النفر الثلاثة كفل له على كل واحد من صاحبيه بجميع ما له عليه بالقرض وبالكفالة فذلك له ويبرأ الآخران من المال والكفالة ولم يكن له سبيل إلا على الذي اتبعه بماله فإن أدى المتبع منهم المال كله رجع على صاحبيه بما أدى عنهما بأمرهما ، وذلك الثلثان ، وإن اتبع رب المال أحدهم بما عليه في خاصة نفسه مما اقترضه منه دون الذي له عليه بالكفالة عن[1] صاحبيه فأدى ذلك وذلك ثلث الألف لم يكن للمؤدي ذلك سبيل على واحد من صاحبيه ، لأن ذلك هو الذي عليه باقتراضه من غريمه دون[1] صاحبيه ولم يؤد عن الغريمين الأخرين شيئاً بسبب الكفالة عنهما ، فيكون له الرجوع به على من أدى ذلك عنه .

فإن كان رب المال اتبع أحدهما بما عليه من دينه بسبب القرض وبسبب كفالته ما كفل له عن أحد صاحبيه في الكفالة دون ما على الثالث بريء الذي اتبع بحصته من الذي على صاحبه المتضمن عنه فإن أدى جميع ذلك كان للمؤدي ذلك

---

(١) ن : ذلك لأن .

(٢) ن : صاحبه .

حينئذ الرجوع على الذي أدى حصته من الدين بالنصف مما أدى الى رب المال وذلك ثلثا جميع حقه نصف ذلك كان على المؤدي ديناً في نفسه بسبب اقتراضه ذلك ، ونصفه الآخر بسبب كفالته عن الذي أدى عنه ؛ وإن كان رب المال اتبعه بجميع ما عليه بسبب اقتراضه ما اقترض منه وبسبب ما لزمه به بكفالته عن صاحبيه بريء حينئذ الغريمان الآخران من تباعته قبلهما . فإن أدى الألف كله رجع حينئذ على كل واحد من صاحبيه إن شاء بما كان عليه جميع ما لرب المال وهو النصف بعد حصة المؤدي من الدين عليه وإن شاء رجع عليه بجميع ما عليه بسبب القرض والكفالة وذلك ثلث وسدس وهو نصف جميع ما لرب المال الثلث من ذلك بأدائه عنه ما كان عليه من دين غريمه ، ونصف الثلث الآخر لأنه كان والمؤدي شريكين في الكفالة عن الثالث فإنما أدى عنه المؤدي ما لزمه بسبب الكفالة ، وذلك نصف الثلث ، ثم يتبع كل واحد منهما الثالث بالسدس وذلك نصف جميع ما كان عليه لرب المال بسبب القرض .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : إن كان لرجل على ثلاثة رهط ألف درهم وبعضهم كفلاء على بعض به فأدى أحدهم مائة درهم فإنه لا يرجع على صاحبيه بشيء منها لأنها من حصته ، وكذلك كلما أدى حتى يبلغ الثلث فهو من حصته . (**قالوا**) : ولو قال : هذا المال عن صاحبيّ جميعاً لم يكن ذلك على ما قال ، لأن المال واحد ، وكل شيء أدى من ذلك فهو عن نفسه خاصة ما بينه وبين الثلث ، فإن زاد على الثلث فالزيادة عن صاحبيه لا يستطيع أن يصرفها إلى أحدهما دون الآخر ولكن عن كل واحد منهما النصف إن لقيه أخذه بذلك وبنصف ما غرم عن الآخر .

(وقالوا) : إذا كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل به عنه رجلان على أنه يأخذ أيهما شاء به فأدى أحدهما مائة فقال هذه من حصة صاحبي الكفيل معي

---

(١) ن : إلا .

فإنه لا يكون على ما قال ، ولكنها من جميع المال ويرجع على صاحبه بنصفها حتى يشاركه في الغرم .

وإذا كان لرجل على رجلين ألف درهم وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فلزم رب المال أحدهما فأعطاه كفيلاً به ، فأخذ الكفيل فأداه فإن الكفيل يرجع بذلك كله على الذي طلب إليه أن يكفل به ، ولا يرجع على الآخر منه بشيء لأنه لم يطلب إليه أن يكفل عنه بشيء ، فإذا أداه الذي طلب إليه أن يكفل رجع على صاحبه بالنصف (في قولنا وقول أبي حنيفة وأصحابه) .

واذا كان لرجل على رجل ألف درهم ، وكفل به عنه رجلان أحدهما عبد أو مكاتب فإنه لا تجوز كفالة المكاتب والعبد ، وأما كفالة الحر فجائزة ويلزمه نصف الألف بكفالته إن اتبعه بذلك المكفول له ، وإنما لم تجز كفالة العبد والمكاتب لأن ذلك ضرر عليهما فيما في أيديهما من الأموال ، وليس لهما أن يعملا فيما في أيديهما من الأموال إلا بما فيه الصلاح له إلا أن يكون مولى العبد لم يأذن له أن يتصرف فيما في يده فلا يكون له أن يحدث فيه حدثاً بوجه من الوجوه[1] لا بما فيه الصلاح له ولا بما فيه الفساد عليه .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : إذا كان لرجل على رجل ألف درهم يكفل به عنه رجلان أحدهما عبد ، أو مكاتب فإنه لا يجوز على المكاتب ولا على العبد ، ولا يجوز على الآخر النصف ، فإن عتق المكاتب يوماً ، أو العبد جاز عليه النصف (قالوا) : ولو كان اشترط إن كل واحد منهما كفيل ضامن عن صاحبه فعتق العبد فأخذه بالمال فأداه كان للعبد أن يرجع على الكفيل معه بالنصف ، ثم يتبعان الذي عليه الأصل فما أدى إلى أحدهما شركه فيه الآخر .

ولو أن رجلاً كفل لرجل على آخر بمال له عليه وهو ألف درهم بأمره إياه

---

(١) ن : الا .

بذلك فاتبع الذي له المال الكفيل فأداه الكفيل إليه من ماله ، ثم رجع الكفيل على المكفول عليه بما أدى عنه فأنكر المكفول عنه أن يكون امره أن يكفل عنه ، أو يكون كان للمؤدي إليه شيء مما ذُكر أنه أداه إليه عنه ، فأقام الكفيل البينة انه كان لفلان بن فلان على فلان بن فلان ، هذا الألف الدرهم ، وأن فلاناً هذا امَره أن يضمن ذلك له عنه وأنه ضمن ذلك له بأمره وأداه إلى المضمون ذلك له فإن اللازم للحاكم أن يقبل ذلك منه ويسمع من بينته ويقضي له بالمال على المكفول عليه فإن استوفاه ، ثم قدم المكفول[1] له فادعى المال وجحد القبض لم يكلف الحاكم الكفيل المؤدي ولا الغريم الذي حكم عليه بقضاء الكفيل ما أدى عنه أعادة البينة[2] وامضى الحكم الذي حكم به على المكفول عليه على رب المال وبرىء الغريم والكفيل من مطالبته قبلهما بما شهدت شهود الكفيل عليه باقتضائه من كفيل غريمه . .

(وكالذي قلنا في ذلك قال **أبو حنيفة** وأصحابه) .

احكام الكفالة بالنفس

(اختلفوا) في حكم الكفالة بالنفس وهل يلزم بها المتكفل للمتكفل له بشيء ؟ .

فقال مالك : **وسئل عن** الذي يتحمل بعين الرجل الذي عليه الحق (فقال) : إن تحمل بعينه مبهمة فلم يأت به رأيت عليه ما كان عليه من الحق، إلا أن يقول حين تحمل به : إنما أتحمل بعينه آتيك به لست من الذي عليه في شيء فذلك له .

وقال الأوزاعي : في الرجل يتكفل بوجه الرجل إلى أجل (قال) : إن

---

(١) ن : عليه .

(٢) ن : وامضا .

جاء به وإلا ضمن ما عليه قيل له فهل يضرب له أجل ، (قال) : **ينفَّس بقدر ما** يُرى أنه يجده فإن هو جاء به وإلا ضمن (حدثت بذلك عن عمر بن عبد الواحد عنه) . (وحدثني ابن البرْقي قال : حدثنا عمرو بن أبي سلمة التنيسي قال) : **سألت** الأوزاعي عن : رجل اجتعل بوجه رجل ثم هرب المجتعل به ؟ (قال) : يؤجّل حتى يجيء به ، **قلت** : فإنه ادعى أنه بمصر ، (قال) : مصر بعيد ، **قلت** : الشام ، (قال) : نعم ، **قلت** : فإن الإمام أجله فلم يأت به فضمنّه الإمام الحق ، ثم جاء المجتعل به بعد فقال : هذا جعيلك ؟ (قال) : ليس ذلك له إذا ضمنّه الإمام ، ولكن يكون له الحق[1] بأخذه منه .

(**وقال الثوري**) : في رجل كفل لرجل برجل ، فهرب (قال) : يحبس (حدثنا بذلك علي قال : حدثنا زيد عنه) .

وقال أبو يوسف : **سألت** (**أبا حنيفة**) عن : الرجل يكفل بنفس الرجل هل يحبس به حتى يجيء به ؟ (قال) : نعم[2] إذا لم يأت به حبس ، ولا يكون ذلك في أول ما يتقدم به (الجوزجاني عن محمد عن أبي يوسف) .

(**وقال أبو حنيفة وأصحابه**) : إذا كان المكفول له به غائبا في بلاد أخرى قد علم القاضي ، أو قامت به بينة أُجّل الكفيل أجلا مقدار الذهاب والجيئة فإن جاء به ، وإلا حبسه .

(**وقالوا**) : إذا كفل رجل[3] بنفس رجل فمات الكفيل والمكفول به حي فإنه لا سبيل للمكفول له على ورثة الكفيل ، ولا في شيء من تركته من قبل أنه لم يكفل بالمال .

---

(١) ن : يأخذه .

(٢) ن : إذا إذا لم .

(٣) ن : نفس .

(قال) : وإذا كفل الرجل بنفس الرجل ، ثم أقر الطالب أنه لا حق له قبل المكفول به ، وأراد أخذ الكفيل به فإن له أخذه به . (**وقالوا**) : ألا ترى أنه يكون وصياً لميت له عليه حق ، أو وكيل رجل في خصومة له قبل ذلك الرجل حق فيأخذ الكفيل بذلك . (**وقالوا**) : إذا كفل رجل بنفس رجل ، ثم إن الطالب لقي المكفول له فخاصمه ولزمه وأخذ منه كفلاء أُخر ، أو لم يأخذ منه فإن (أبا حنيفة قال) : لا يبرأ الكفيل الأول من قبل أنه لم يدفعه ولم يبرأ منه ، ولم يبرئه الطالب (الجوزجاني عن محمد) .

وقال الشافعي :[1] الكفالة بالوجه ضعيف (حدثنا بذلك عنه الربيع) .

وقال أبو ثور : أما الكفالة بالنفس فليس لها في الكتاب ، ولا في السنة ولا في إجماع الناس أصل يرجع إليه ، وليست تشبه الضمانات فتُرد قياساً عليها ، وذلك أن كل من ضمن شيئاً ، أو كفل به فلا يبرأ منه إلا بأدائه ، أو يبرئه الذي له الحق ، فلما كانت[2] الكفالة يبرأ الكفيل منها بغير أدائها ولا يبرئه[3] من هي له في قول من قال[4] بالكفالة كانت مخالفة لجميع الضمانات التي لا يختلفون فيها ، فلم[5] نر بها تشبيهاً وكانت عندنا بمنزلة العدة التي ينبغي لصاحبها أن يقر بها ، ولا تلزم في الحكم ولا يُحكم بها ولا ينبغي لأحد أن يغر رجلاً من نفسه ، ولا يؤخذ أحد بما لا يلزمه في الحكم ، وذلك أنهم قالوا : إذا كفل رجل بنفس رجل ، ثم مات[6] المكفول برىء الكفيل ، فيبرأ الكفيل من غير أن يبرئه صاحب

---

(١) ام : الدعوى والبينات : قال الشافعي : وإذا ادعى رجل على رجل كفالة بنفس ، أو مال فجحد الآخر فإن على المدعي الكفالة البينة ، فإن لم تكن له بينة فعلى المنكر اليمين فإن حلف برىء ، وإن نكل عن اليمين ردت على المدعي ، فإن حلف لزمه ما ادعى عليه ، وإن نكل سقط عنه غير أن الكفالة بالنفس ضعيفة .

(٢) لعل صوابه : الكفالة بالنفس .

(٣) ن : ممن .

(٤) لعل صوابه : بالكفالة بالنفس .

(٥) ن : يردّها .

(٦) اي المكفول بنفسه .

الحق ، ويؤدي إليه ما كفل له به .

وعلة من قال بقول مالك والأوزاعي : في أن الكفالة بالنفس مأخوذ بها المتكفل كما يؤخذ بالكفالة بالمال إجماع الجميع من الحجة على[1] أن ذلك كذلك ، وأنها كفالة كسائر الكفالات المجتمع على لزومها موجها على نفسه على ما أوجبها .

وعلة مالك : في ان المتكفل بالنفس إن لم يواف بالمتكفل به صاحبه المتكفل به له ولم يكن شرط في عقد[2] الكفالة أنه إنما يتكفل له بعينه ، وأنه لا شيء له عليه إن هو لم يقدر على موافاته به ، فما على المكفول عليه لازم له ، لأن الكفيل هو السبب بكفالته لمن كفل عليه لتعريض مال رب المال للتلف إن تلف إذا هو لم يحضره إياه ، ويتبرأ إليه حتى يتخلص منه حقه ، ومن كان سبباً لتلف مال غيره ، فعليه غرم ما أتلف من ذلك إذا كان إتلافه إياه بغير حق .

وأما (**علة الثوري** ومن أوجب عليه الحبس إذا لم يسلمه إلى من تكفل[3] له عنه) فالقياس على إجماع الحجة على أن كفالته عليه لو كانت بمال له عليه حالّ ، ثم اتبعه به المكفول له فلم يخرج إليه مما كفل له عن غريمه ، وهو على الخروج اليه منه قادر وسأل رب المال الحاكم[4] حبَسه له بحقه حتى يخرج إليه منه ، قالوا : فكذلك اللازم للحاكم حبس الكفيل بالنفس إذا لم يسلم المكفول به إلى المكفول له ، وهو على تسليمه إياه إليه قادر إذ كانتا كلتاهما كفالة بحق يجب على الكفيل الخروج[5] إلى من تكفل له بها .

واما (**علة من أبطل الكفالة بالنفس**) : فقد بينتها مع حكاية قول قائل ذلك .

---

(١) ن : على ذلك كذلك .

(٢) ن : الكفالة إنما . . .

(٣) ن : به عنه .

(٤) لعل صوابه : حبسه حبسه .

(٥) لعل صوابه : منه الى .

والصواب من القول عندنا : إن الكفالة بالنفس حق واجب يلزم الحاكم إذا احتُكم إليه القضاء بها على الكفيل وأخذُه بالخروج إلى المتكفل له منها ، فإن لم يفعل ذلك ومطل المتكفلَ له بالخروج منها وهو على الخروج منها إليه قادر ، وسأل المتكفل له الحاكم حبْسه بها حتى يسلم إليه من تكفل له بنفسه لزمه حبْسه ، وإنما ألزمناه ذلك لإجماع الحجة على إلزامه إياه ، ولا معنى لاعتلال من اعتل في إبطال الكفالة بالنفس بأنها لما كانت تبطل بموت المتكفل به عن الكفيل من غير إبراء المكفول له إياه منها كان معلوماً أنها باطلة لأنه يوجب المتكفل لـه بالمـال ويلزم المتكفل ما كفل به من ذلك[1] ونرى أن الذي كفل به للمكفول له تزول مطالبته إياه به بعدمه وإفلاسه وعجزه عن أدائه إلى المكفول له به من غير إبراء المكفول له به إياه منه ، ولم تبطل بزوال ذلك عنه بسبب عجزه عن أدائه إليه صحة وجوبه ، فكذلك الكفالة بالنفس غير موجبة زوال مطالبة المكفول له عن الكفيل بسبب عجزه عن تسليم المكفول به إليه[2] بموته وبطولَها وغير موجب ذلك خروجها من أن تكون صحيحة صحة الكفالة بالمال . وأما اعتلاله بأنها ليس لها في الكتاب ولا في السنة ، ولا في الإجماع أصل فلا أصل أثبت حجة ، ولا أصح صحة مما جاءت به الحجة من علماء الأمة وراثة عن (نبيها صلى الله عليه) شاهدة بوجوبها ولزوم الأمة الحكم بها ، ويقال لمنكري أخذ الكفيل بنفس رجل لآخر في مال له عليه : ما حجتكم في وجوب أخذ الضامن لرجل عن أخر بما له عليه فإن اعتلوا في ذلك **بخبر أبي قتادة أنه** لما ضمن عن الميت الذي كان (النبي صلى الله عليه) ممتنعاً أن يصلي عليه قبل ضمانه صلى عليه،قيل لهم : أفبلغكم أن (رسول الله صلى الله عليه) ألزمه ذلك بعد ضمانه واخَذه به ، فإن قالوا : نعم ادعوا في الخبر ما ليس فيه ، وعُلم إبطالهم في دعواهم ، وإن قالوا : لا ، قيل لهم : فما برهانكم إذاً على أن الضـامن مأخـوذ بما ضمن ، أحب أو سخط ، من كتـاب ، أو سنـة ، أو

---

(١) ن : ويرى .

(٢) ن : بمؤونة بطوّلها .

إجماعهم ؟ فإن فزعوا إلى الإجماع إذ أعياهم ذلك من كتاب ، أو اثر عن (رسول الله صلى الله عليه) مأثور وكُلّفوا الفصل بين الإجماع في الكفالة بالمال والكفالة بالنفس ، وقيل لهم : من المخالف من سلف الأمة ممن يجوز الإعتراض به على ما نقلته الحجة في الكفالة بـالنفس[1] القائـل إنها لا تلزم الكفيل حتى استجـزتم لأنفسكم ، قيل : ما قلتم في إبطالها أعوزَنا نظيره في الكفالة بالمال ، فلم يجز لنا الاعتراض في الكفالة بالمال بالإبطال من اجْله ، ثم يسألون الفرق بين الحكمين فلن يقولوا في أحدهما قولا إلا أُلزموا في الآخر مثله . فقد استقضينا البيان عن ذلك في كتابنا المسمى(**لطيف القول في أحكام شرائع الدين**) بما اغنيَ عن إعادته في هذا الموضع .

واختلف موجبو اخذ الكفيل بالنفس بالمكفول به إذا طلب ذلك المكفول له بما يجوز الكفالة بالنفس فيه

فالواجب (على قول **مالك**) ان لا تجوز الكفالة بالنفس في حد ولا قصاص ولا تجوز الا في مال وذلك إذا كان يقول في الكفيل بالنفس اذا لم يكن له سبيل الى الخروج من المكفول به الى المكفول له فإنه يُحكم عليه بما على المكفول به للمكفول له ولا سبيل في الحد والقصاص الى اخذ الكفيل به اذ كان انما هو حق وجب في نفس بعينها[2] لا ينقل الى غيرها كما ينقل المال عمن وجب عليه في ماله الى مال غيره .

(وهذا **قياس قول الأوزاعي**) .

واما (**النعمان** واصحابه) فـانهم (**قالوا**) اذا كفل رجـل بنفس رجل

---

(١) ن : ألقائل .

(٢) ن : ان لا .

والطالب يدعي قبله دم عمد او قصاصا دون النفس او حدا في قذف أو سرقةٍ أو خصومةً في دار أو وديعةً أو عاريةً أو اجارةً أو كفالةً بنفس أو مال أو شركةً فالكفالة بالنفس في ذلك جائزة . (قالوا) وكذلك لو ادعى قبله وكالة او وصية . (قالوا) ولو لم يدع شيئاً من ذلك غير انه كفل له بنفس رجل فانه جائز وكذلك لو ادعى قبله غصبا في حيوان او مال او عروض او دار او ارض فان الكفالة بالنفس جائزة في هذا كله . (وقال) اذا ادعى الرجل قبل الرجل حدا في قذف فقدمه الى القاضي فانكر المدعى قبله ذلك وسأل الطالب القاضي ان يأخذ له كفيلا بنفسه وقال بينتى حاضرة فإنه لا ينبغي للقاضي (في قول ابي **حنيفة**) ان يأخذ له منه كفيلا بنفسه ولكن يقول له الزمه ما بينك وبين قيامي فان احضر شهوده على ذلك قبل ان يقوم القاضي والا خلي سبيله .وكذلك لو اقام عليه شاهدا واحدا ،فان اقام عليه شاهدين او شاهدا عدلا يعرفه القاضي فان القاضي ينبغي له ان يحبسه حتى يُسأل عن الشهود ويأتي بشهادة الآخر ولا يكفّله . (وهو قول **ابي يوسف الأول**) . (وقال ابو يوسف **بعد**) (وهو قول محمد) اذا قال بينتى حاضرة اخذت منه كفيلا ثلاثة أيام حتى تحضر بينته . (**وقالوا جميعاً**) اذا ادعى رجل على رجل متاعا سرقه منه او مالا وقال بينتى حاضرة فانه يؤخذ له كفيل بنفسه ثلاثة أيام من قبل انه ادعى مالا (وقالوا) ولو قال قد قبضت السرقة منه ولكن اريد ان اقيم عليه الحد فخذ منه كفيلا حتى أحضر الشهود لم يؤخذ منه كفيل حتى يحضر الشهود . (قالوا) ولو ان قوما اخذوا رجلا مع امرأة فقدموهما الى القاضي وقالوا انا وجدنا هذا مع هذه المرأة[1] وعليهما شهود بالزناء فخذ منهما كفيلا بانفسهما حتى تحضرك الشهود عليهما لم يأخذ منهما القاضي كفيلا بانفسهما وكذلك الحد في الخمر والسكر فان قامت على الزناء اربعة شهود أو على الخمر والسكر شاهدان او على سرقة شاهدان فانه لا كفالة في شيء من ذلك ولكنه يحبس حتى يُسأل عن الشهود فان شهد على ذلك واحد لا يعرفه القاضي لم يحبس المشهود عليه في شيء من

---

(١) ن : وعليها .

ذلك . فان كان في الزنا فطلب المشهود عليه حد القـذف من الشاهد فإنه يؤخذ له بحقه، فان قال الشاهد عندي اربعة شهداء عليه بالزناء فان الشاهد يؤجل في ذلك الى قيام القاضي ولا يخلَّى عنه ولا يؤخذ منه كفيل ولكن الطالب يلزمه . ولو قال الشاهد ان المشهود عليه عبدا، كان القول قوله وعلى المشهود عليه البيّنة انه حرّ ، فإن طلب المقذوف إلى القاضي أن يأخذ له من الشاهد كفيلاً حتى تحضر البينة على أنه حُرٌّ فإنه لا يؤخذ منه لـه كفيل ، ولكن يُحبس القـاذف ويؤجل المقذوف أياماً فإن أحضر البينة أُخذ له بحقه ، وإن أقام رب السرقة شاهدين على السارق[1] والسرقة بعينها في يديه فإنه لا يؤخذ منه كفيل ، ولكنه يحبس وتوضع السرقة على يدي عدل فإن زُكّي الشهود أمضى عليه الحـد ، وقضى بالسـرقة للطالب .

قالوا : فإذا ادعى رجل قبل رجل شتيمة ، أو أمراً فيه تعزير ، فأراد كفيلاً حتى تحضر بينته ، وقال : بينتي على ذلك حاضرة ، فإنه يؤخذ له منه كفيل بنفسه ثلاثة أيام (في قول أبي يوسف ومحمد) ، لأن هذا ليس بحد ، وهذا تعزير ، وهذا من حقوق الناس ألا ترى أنه لو عفا عنه وتركه جاز ذلك ، وإذا ادعت امرأة قبل زوجها أنه قذفها بالزنا ، وقالت : بينتي حاضرة فخذ لي منه كفيلاً بنفسه ، فإنه لا يؤخذ لها منه كفيل بنفسه (في قول أبي حنيفة) لأن اللعان حد ، وكذلك لو كان زوجها عبداً وهي حرة ، وكذلك الرجل الحر تقذفه امرأته وكذلك الرجل الحر يقذفه العبد بالزناء وكذلك المكاتب يقذف الحر بالزناء ، وكذلك أم الولد تقذف الرجل الحر ، أو المدبر يقذف الحر او الذمي يقذف الحر المسلم فيقدمه إلى القاضي في جميع ذلك فينكر المدعي قبله القذف فإنه لا يؤخذ منه كفيل بنفسه ، ولكنه يؤمر أن يلزمه فيما بينه وبين قيام القاضي (في قول أبي حنيفة) ، وكذلك

(١) ن : وعلى السرقة .

كل ذي رحم محرم ، وكذلك الولد يقذف والده أو أمه فإن ذلك كله سواء ، وإذا ادعى الولد قبل الوالد القذف ، وطلب أن يأخذ له منه كفيلاً بنفسه فإنه يوخذ منه كفيل بنفسه ، ولا يُترك أن يلزمه ، وكذلك الولد يدعي قبل أمه القذف ، وكذلك العبد يدعي قبل [1]مولاه أنه قذف أمه وهي حرة ميتة فإنه لا يؤخذ له منه كفيل بنفسه ، ولا يؤمر أن يلزمه لأنه لو أقام بينة على ذلك لم يضرب الحد . وإذا ادعى رجل قبل عبد قذفاً فأراد أن يؤخذ له منه كفيل بنفسه وبنفس مولاه فخاف أن لا يقام عليه الحد إلا بمحضر من مولاه ، فإنه لا يؤخذ له من واحد منهما كفيل بنفسه في ذلك ، ولكن يؤمر أن يلزم العبد ومولاه إلى أن يقوم القاضي (**في قياس قول أبي حنيفة**) .

(قالوا) : وإذا ادعى رجل قبل رجل حداً في قذف وأقام عليه شاهدين على شهادة شاهدين وطلب كفيلاً بنفسه فإنه لا يؤخذ منه كفيل بنفسه ولا يحبس له ، لأن هذا لا يقبل في الحدود . (قالوا) : ولو كان هذا في سرقة أخذ منه كفيل بنفسه حتى يُسأل عن الشهود ، فإن زكوا قُضي عليه بالمال ، وكذلك شهادة امرأتين ورجل في ذلك . (قالوا) : وإذا ادعى رجل قبل رجل عبد قذفاً ، فأقام عليه بينة بمحضر من مولاه فإن العبد يحبس له فيؤخذ له من مولاه كفيل ، لأن العبد لا يقضي عليه بالحد إلا بمحضر من مولاه (**وهذا قول أبي حنيفة وأصحابه**) : (وقال أبو يوسف) في العبد : إذا قامت عليه بينة بقذف أو بحد زناء ، أو بقتل عمد فإني أقبل عليه البينة ، وإن لم يحضر المولى من قبل أنه لو أقر بذلك جاز عليه .

(وقال **أبو حنيفة**) : لا أقبل البينة عليه في ذلك إلا بمحضر من مولاه ، ولو أقر جاز ذلك عليه ، (وقال محمد) : مثل قول أبي حنيفة .

---

(١) ن : مولاته .

وقالوا جميعاً : إذا ادعى رجل قبل رجل قصاصاً في نفس أو دونها فقدمه إلى القاضي فأدعى ذلك وأنكر الرجل ذلك ، وقال الطالب : عندي شهود حضور ، فخذ لي كفيلاً بنفسه حتى احضر الشهود، فإنه لا يأخذ له كفيلاً بنفسه، وإن أقام على ذلك شاهداً واحداً لم يؤخذ له منه كفيل بنفسه . (وقالوا) : لا كفالة في قصاص في نفس ، ولا فيما دونها وهو في ذلك بمنزلة الحد . (**قالوا**) : ولو أقام شاهدين على شهادة شاهدين أو رجلاً وامرأتين على ذلك لم يحبس له بذلك لأن شهادة النساء لا تجوز في ذلك ولا شهادة على شهادة .

(**قالوا**) : وكذلك في كل ما وجب[1] فيه القصاص فإنه لا يؤخذ فيه كفيل بالنفس . (**قالوا**) : وكل ما لا قصاص فيه ، وكان يكون فيه الأرش فإنه يؤخذ فيه كفيل بنفسه إذا ادعى الطالب بينة حاضرة . (**قالوا**) : وإذا ادعى رجل قبل رجلين قصاصاً في نفس ، وقال : عندي بينة حاضرة فأقر أحدهما وجحد الآخر ، فإن المقر منهما يحبس ويلزم الطالب المطلوب الذي جحد ما بينه وبين أن يقوم القاضي ، فإن شهد له شاهدان حبس ، وإن لم يشهد له شاهدان خُلّي سبيله ، ولم يحبس له ولم يؤخذ له منه كفيل .

(**قالوا**) : وإذا ادعى رجل قبل رجل قتل خطأ ، أو جراحة دون النفس خطأ ، وادعى بينة حاضرة ، وسأل القاضي أن يأخذ له كفيلاً بنفسه ، فإنه يأخذ له منه كفيلاً بنفسه ثلاثة أيام فإن أحضر بينته أخذ له بحقه ، وإن لم يحضر له بينة خلّي سبيله وأبرأ كفيله ، ولو أقام شاهدين عدلين على ذلك قضي له بالدية ، ولا حبس على القاتل في ذلك ، ولا كفالة إلا أن يكون القاتل داعراً فيحبس لدعارته .

(**قالوا**) : وإذا ادعى رجل حر قبل امرأة قطع يد عمداً أو شجة عمداً ،

---

(١) ن : في .

وقال : لي بينة حاضرة ، فإنه يؤخذ له منها كفيل ، لأنـه لا قصاص بينهـما . وكذلك الحر يدعي قبل العبد قطع يد عمداً أو جراحةً عمداً .

(**قالوا**) : ولو أن رجلاً ادعى قبل رجل منقِّلة عمداً أو هاشمة أو آمّة ، أو جائفة ، أو قطع يد من غير مِفْصَل ، أو كسر يد ، أو سن ضربها فاسودت أخذ[1] بذلك في ذلك كله كفيل بنفسه إن ادعى بينّه حاضرة ثلاثة أيـام (في قول أبي يوسف) . وإن قال : بينتي غَيَب لم يؤخذ له كفيل (في قول أبي حنيفة) ، (وقال أبو يوسف ومحمد) : يأخذ في هذا كله كفيلاً بنفسه ثلاثة أيام في العمد وغيره ، وفيما فيه القصاص حتى تقوم البينة فيما بينه وبين ثلاثة أيام ، فإن قـامت البينة حبس في القصاص ، ولا يؤخذ منه كفيل ، وأبرأ ذلك الكفيل ، (قالوا) : وإذا ادعى رجلٍ قبل رجل شتيمة فاحشة ، وادعى بينة حاضرة ، وطلب كفيلاً بنفسه فإنه يؤخذ له كفيل بنفسه ثلاثة أيام فإن لم تحضر بينته أبرأ كفيله ، ولو أقام عليه شاهدين بالشتيمة لم يُحبس المدعى عليه ، ولكن يؤخذ منه كفيل بنفسه حتى يسأل القاضي عن الشهود فإن زكوا عُزّر أسواطاً ، ولا يحده ، ولا يحبسـه وإن رأى الحاكم أن لا يضربه وأن يحبسه أياماً عقوبة فعل ، (وقالوا) : ألا ترى أنا نجعل الحبس عقاباً فكيف يحبسه قبل البينة ؟ (قالوا) : وإن كان المدعى عليه رجلاً له مروّة وخطر استحسنـا أن لا نحبسه ، ولا نعـزره إذا كان ذلـك أول ما فعـل (الجوزجاني عن محمد) .

وقال بُكير بن عبد الله بن الأشج : (بما حدثني يونس قال : حدثنا ابن وهب قال : حدثني مخرمة بن بكير بن عبد الله عن أبيه قال)[2] (قال) : لا تُقبل حمالة في دم ، ولا في سرقة ، ولا شرب خمر ، ولا في شيء من حدود الله ، وتقبل فيما سوى ذلك .

---

(١) ن : ذلك .

(٢) ن : يقال .

وروي عن جماعة من السلف : أنهم كانوا يـرون الكفالـة في الحدود .
(حدثنا هارون بن اسحق الهمداني قال : حدثنـا مصعب بن المقدام ، قـال : حدثنا اسرائيل قال : حدثنا أبو اسحق[1] قال : صليت الغداة مع ابن مسعود ، فلما سلم ، قام رجل فحمد الله وأثنى عليه ، ثم قال : أما بعد فوالله لقد بت البارحة ، وما في نفسي على أحد من الناس حنة[2] فما دريت ما الحنة حتى سألت شيخاً إلى جنبي ، فقال : العداوة والغضب والشحناء ، ثم قال الرجل : إني كنت استطرقت رجلاً من بني حنيفة فرسي ، وإنه أمرني أن آتيه بغلس ، فأتيته ، ثم ذكر قصة فيها طول ذكر فيها ان[3] مؤذنهم اذن فقال في اذانه اشهد ان مسيلمة رسول الله[4] وان امامهم صلى بهم فقرأ في صلاته بما كان مسيلمة سجع به[5] قال : فأرسل إليهم عبد الله فأتي بهم فأمر بابن النوّاحة[6] فقتل قال : ثم ان عبد الله شاور أصحاب (محمد) في بقية القوم ، فقام عديّ بن حاتم فحمد الله وأثنى عليه ، ثم قال : أما بعد فثؤلول من الكفر طلع رأسهُ فاحسمه ، فلا يكن بعـده شيء ، وقال جـرير والأشعث : استتبهم وكفلهم عشيـرتهم فاستتـابهم وكفلهم عشيرتهم[7] .

(وعلة) من قال لا تجوز[8] الكفالة في حد ، ولا قصاص ما ذكرت قبل .

وأما (علة) من أجاز ذلك بالقياس على إجماع الجميع من الحجة على إجازة

---

(١) كأن صوابه : قال : حدثنا حارثة بن مضرب ، قال : صليت الخ .
(٢) لعل قائل ذلك الطبري .
(٣) في تجريد القدوري : سمع ابن النواحة يؤذن ويقول : اشهد الخ .
(٤) لم اجد هذا في غير رواية الطبري .
(٥) أي حارثة .
(٦) قتله قرظة بن كعب الأنصاري .
(٧) وفي التجريد : واختلاف الفقهاء للطحاوي أنه نفاهم الى الشام ، وفي إحدى الروايات عند الطحاوي إن عثمان رآه سئل عن الواجب في أمرهم فأجاب أن يستتابوا .
(٨) لعل صوابه : الكفالة بالنفس .

الكفالة بالنفس في المال ، فكذلك كفالة[1] بعين المكفول به في حق يجب عليه الخروج منه إلى من يكفل له به من ماله فمثله الكفالة به فيما يجب عليه الخروج من نفسه من حق لزمه لله جل وعز أو لآدمي .

والصواب في ذلك من القول عندنا : ما صح به الخبر عن ابن مسعود وجرير والأشعث أن الكفالة بنفس من لزمه حق لله جل ثناؤه أو لآدمي جائزة ، وإن على الكفيل به التسليم إلى من يكفل له به لأن المكفول به هو الشخص الذي لزمه الحق لاما لزم جسمه ، فالكفيل بتسليم ما لزمه تسليمه إلى من لزمه تسليمه إليه مأخوذ فإن ظن ظان أن الحد حق لله جل وعز يجب على الإمام إقامته على من لزمه ، وليس بحق لآدمي ، وإذا كان ذلك كذلك لم يكن للمكفول به خصم في الحد فيُحكم عليه بإعطاء الكفيل بنفسه فإن الخصم في مطالبته بذلك الإمام الذي جعُل إليه إقامة الحد الذي لزمه[2] عليه ، فله أخذ الكفيل منه في ذلك إذا قامت عليه بينة بما يوجب عليه الحد حتى يسأل عن البينة إذا لم يكن يعرفهم بالعدالة إن رأى ذلك وخاف هرب المشهود عليه وأما فيما كان من قصاص فالخصم فيه المجنيّ عليه إذا كان فيما دون النفس فإذا كفل للمجني عليه كفيل بنفس الجاني ، ثم طالبه به المجني عليه فلم يسلمه إليه وهو على تسليمه إليه قادر ، حبس له حتى يخرج إليه من كفالته . وإن كنا لا نرى للحاكم إلزام أحد احتكم إليه مع خصم له إعطاء خصمه كفيلاً بنفسه ،لأنه لا حال له إلا اثنتان. **إما حال** قد بان للحاكم فيها وجه الحكم فلا وجه لامرءٍ قد توجه عليه الحكم بإعطاء خصمه كفيلاً ، بل الواجب عليه إمضاء الحكم عليه ، **أو حال** لم يبن له فيها الحكم فلا وجه أيضاً لتعنّت من لم يثبت عليه حق لخصمه بتكفيله وإعطائه الكفيل بنفسه من وجه الحكم ، ولكنه إن رأى فعل ذلك على وجه المصلحة ففعله لم أره مخطئاً إذ كان للسلطان حمل رعيته

(١) ن : بغير .
(٢)ن : علمه .

على ما فيه مصلحتهم ، مما لا يكون فيه خروج عما أطلق الله له وأذن له به .

واختلف القائلون بإجازة الكفالة بالنفس فيما[1] يكون براءة للكفيل بالنفس من كفالته

فقال الأوزاعي : في رجل كفل بنفس رجل فمات قبل أن يأتي به ، (فقال) : غرم (حدثت بذلك عن عمر بن عبد الواحد عنه) .

وهذا (**قياس قول مالك**) إذا لم يخلّف المكفول به وفاءً بحق غريمه .

(**وقال الثوري** : في رجل كفل لرجل برجل ولم يسم مكاناً يدفعه إليه فلقيه في البرية فأراد أن يدفعه إليه (قال) : لا يبرأ حتى يدفعه إليه في ناحية المصر (حدثنا بذلك علي عن زيد عنه) .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : إذا مات المكفول به برىء الكفيل من الكفالة . (وقالوا) : إذا أبرأ الكفيل الطالب من الكفالة ، أو قال : قد برىء إلي من صاحبي ، أو قد دفعه إليّ ، أو قال : قد أبرأته منه ، فإن الكفيل بريء من الكفالة ، (قالوا) : : وكذلك لو قال الطالب : لا حق لي قبل الكفيل ، فإنه بريء من الكفالة لأن الكفالة حق من حقوق الناس .

(قالوا) : وإن خاصم الكفيلَ بالنفس الطالب إلي القاضي ، وقال الكفيل : إنه لا حق له قبل الذي كفلت به فإن القاضي لا ينبغي أن يسأله عن ذلك ، ولكنه يأخذه بالكفالة فإن أقر الطالب أنه لا حق له قبل المكفول ، وأنه ليس بوصي لميت له قبله حق ، أو خصومة ، وليس بوكيل لأحد له قبله حق ، أو خصومة على وجه من الوجوه فإن الكفيل بريء من الكفالة .

---

(١) ن : مما .

(قالوا) : وكذلك لو جحد الطالب هذه المقالة وشهد عليه بذلك شاهداً عدل ، فإن الكفيل بريء من كفالته . (قالوا) : وإذا دفع الكفيل بالنفس المكفول به إلى الطالب وبريء إليه منه فأبى الطالب أن يقبله منه ، أو أن يبرئه منه فإن الكفيل بريء من الكفالة .

(قالوا) : ولو حبس رجل المكفول به في دين له ، وقد كفل رجل بنفسه لآخر فأخذه به فإنه يؤخذ له به ألا ترى أنه يقدر على أن يقضي دينه ، وأن يخرجه فيدفعه إليه . (قالوا) : وكذلك لو حبس في غير دين . (قالوا) : وإذا دفع الكفيل إلى الطالب المكفول به في السجن ، وقد حبسه غيره فإنه لا يبرأ منه من قبل أنه لا يستطيع أن يخرجه ، وكذلك لو دفعه إليه في مفازة ، أو في موضع يستطيع المكفول به أن يمتنع من الطالب فإن (أبا حنيفة قال) : لا يبرأ منه الكفيل ، وإذا دفعه إليه في مصر فيه سلطان غير المصر الذي كفل له به ، فإنه يبرأ منه . **وأما (في قول أبي يوسف ومحمد)** : فإنه لا يبرأ منه حتى يدفعه في المصر الذي كفل به . (وقالوا) : إذا دفع المكفول به نفسه إلى الطالب فقال : اشهدوا أني قد دفعت نفسي إليه من كفالة فلان فالكفيل بريء ، وإن لم يقبل الطالب ذلك . (قالوا) : وكذلك لو كان الكفيل هو دفع المكفول به على هذا الوجه ، وكذلك لو دفعه رسوله ، أو كفيل به ، أو وكيل فهو بريء ، وإن لم يبرئه الطالب . (قال) : وكفالة المرأة بها ولها جائزة وهي مثل الرجل في ذلك كله . وكفالة أهل الذمة والحربي والمستأمن والكفالة به جائزة على مثل كفالة المسلم .

(والذي نقول به) في الكفيل بنفس رجل لآخر ، ثم يموت المكفول به أنه لا سبيل للمكفول له على الكفيل لإجماع الجميع على أن كفالته له لو كانت بمال وأفلس ، ولم يكن له سبيل إلى أداء ما كفل له به أنه لا سبيل للمضمون له عليه إذا كان معدماً ، فكذلك حكم الكفيل بالنفس إذا لم يكن له السبيل إلى تسليم المكفول به إلى المكفول له ، فلا سبيل للمكفول له عليه بسبب ذلك . وأما (ما

نقول به) فيما يكون للكفيل براءة من المكفول له في حال تسليمه إياه فأن[1] يسلمه إليه بغير دافع ولا مانع بحيث تناله يده أو يسلمه إليه عنه كذلك وكيل له ، أو رسول ، أو غريب متبرع ، أو يسلم نفسه إليه المكفول به على ما وصفت من التسليم إذا لم يكن شرط عليه تسليمه إليه في موضع دون موضع . وإذا قلنا ذلك لإجماع الجميع على أن تسليم من وجب تسليمه من بني آدم على من وجب عليه تسليمه إلى من وجب ذلك له ببيع ، أو شراء كذلك ، فكان نظيراً له تسليم من وجب تسليمه من بني آدم بالكفالة على من وجب عليه تسليمه إليه لا خلاف بينهما ، ومن خالف بينهما سئل الفرق من أصل ، أو قياس ، ثم عورض فيما قال في أحدهما بمثله في الآخر .

وأما ما يكون للكفيل براءة بقول من المكفول له ، فإن يقول : قد برىء فلان إليّ من الواجب بسبب كفالته لي بنفس فلان ، وأن يقول: قد أبرأته من ذلك ، أو لا سبيل لي عليه بسبب ذلك ، وما أشبه ذلك من القول .

واختلفوا في الرجل يكفل[2] بنفس غريم له على انه يوافيه به في وقت يسميه له مما عليه من شيء فهو عليه ، أفعليه كذا من المال[3] .

فقال ابن أبي ليلى : فإذا كفل رجل برجل ، وقال : إن لم تأتني به يوم كذا وكذا فعليك ألف درهم ، فلم يأته به فعليه ألف درهم[4] ، وقال : إن جئت به برئتُ من الالف الدرهم التي لك عليّ بكفالتي عن فلان لك بذلك فإنه لا يبرأ

(١) ن : نسلمه .

(٢) لعل : صوابه : لرجل بنفس .

(٣) أي إن لم يوافه به في الوقت الذي سمي .

(٤) لعل صوابه : وإن قال : إن .

(حدثني بذلك علي ، قال : حدثنا زيد عن سفيان ، عن ابن أبي ليلى) .[1] قال :(وقال سفيان): هما سواء إن قدّم ، أو اخّر انما هو شيء أحدثه ابن ابي ليلى .

(وقال أبو يوسف) : إذا كفل رجل بنفس رجل ، فإن لم يوافه به غداً فالمال الذي للطالب على فلان رجل آخر ، وهو ألف درهم على الكفيل ، فذلك جائز ، وإن لم يوافه به من الغد فالمال الذي له على فلان وهو ألف درهم للكفيل لازم .

وقال محمد بن الحسن : الكفالة بالنفس في ذلك جائز ، والكفالة بالمال باطل ، (قال) : وهذه مخاطرة إذا كان المال على غيره ، (وقال) : إذا كان المال عليه استحساناً وليس بقياس .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : إذا كان لرجل على رجل دين دراهم ، أودنانير أو شيء مما يكال ، أو يوزن إلى أجل ، أو حالّ من سلم ، أو قرض ، أو ثياب معلومة بذرع معلوم من سلم فكفل رجل بنفس المطلوب فإن لم يواف به إلى أجل كذا وكذا لأجل المال الذي هو إليه ، أو كان حالا فجعله إلى أجل مسمى فعليَّ مالك وهو كذا وكذا ، فمضى الأجل قبل أن يوافي به ، فالمال له لازم .

(قالوا) : وكذلك لو لم يسلم المال ولكنه قال : أنا كفيل لك بنفسه فإن لم أوافك به غداً فعليّ مالك عليه ، ولم يسم كم هو ، فمضى غد ولم يوافه به فإن المال له لازم إذا لم يوافه قبل الأجل .

(وقالوا): لو قال : قد كفلت لك بما أصابك من هذه الشجة التي شجكها فلان ، وهي خطأ كان جائزاً وإن بلغت النفس ولم يسم النفس . (قالوا) : وإذا كفل بالمال الذي عليه وسماه ، وقال : إن وافيتك به غداً فأنا بريء من هذا

---

(١) لعله علي .

المال ، فوافاه به من الغد ، فهو بريء من المال ، وإن مضى غد قبل أن يوافيه فعليه المال ، وتقديم المال وتأخيره في ذلك سواء .

(قالوا) : وإذا كفل رجل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به ، فعليه المال الذي عليه وهو ألف درهم فمضى غد ولم يواف به لزمه المال ، وأنه لا يبرأ من كفالته بالنفس أيضاً مع كفالة المال

(وقال أبو حنيفة) : إذا كفل رجل بنفس رجل ، وقال : إن لم أوافك به غداً فعلي ألف درهم ، ولم يقل الذي لك عليه ، فمضى غد ولم يواف به وفلان ينكر أن يكون عليه شيء والطالب يدعي ألف درهم على فلان فإن المال لازم للكفيل ، وإن أنكر الكفيل أن يكون لفلان على فلان شيء لم ينفعه إنكاره . (**وقال أبو يوسف ومحمد**) : لا نرى على الكفيل من المال شيئاً من قبل أنه لم يقر أن على المكفول به مالاً فصار بمنزلة المخاطرة ، (ثم رجع أبو يوسف بعد ذلك إلى قول أبي حنيفة) . (وقالوا جميعاً) : إذا ادعى الطالب مالاً وجحد المطلوب فكفل له رجل بنفس المطلوب ، فإن لم يوافه به غداً فعليه المال الذي ادعى على المطلوب فمضى غد ولم يوافه به ، فإن المال يلزم الكفيل

(قالوا) : فإن أدى الكفيل المال وأراد أن يرجع به على المطلوب فإن كان المطلوب امره أن يكفل بالمال رجع به عليه وإن لم يكن أمره أن يكفل بالمال ، وكان أمره أن يكفل بالنفس لم يرجع عليه بشيء من المال .

(قالوا) : ولو كفل لامرأة بنفس زوجها فإن لم[1] يوافها به غدا فعليه صداقها . (قالوا) : وإذا كان لرجل على رجل ألف درهم فكفل له ، فكفل له رجل بنفسه على أن يوافيه به إذا دعاه به ، فإن لم يفعل فعليه الألف الذي عليه فسأله الرجل أن يدفعه إليه بنفسه فدفعه إليه مكانه فإنه بريء من المال ، وإن لم

---

(١) ن : يوافه .

يدفعه إليه فالمال عليه ، وإن قال : له ائتني به العشية ، أو غدوة فلم يوافه به على ما قال ، فالمال له لازم ؛ وإن قال الطالب : ائتني به غدوة ، وقال الكفيل : بل اتيك به بعد غد فأبى الطالب أن يفعل فلم يوافه الكفيل غدوة ، فإن المال عليه ، وإن أخّره الطالب الى بعد غد كما قال : فوافاه به فهو بريء من المال ، وإن مضى بعد الغد ولم يوافه به فهو عليه .

والصواب من القول عندنا : في الرجل يقول لآخر له على رجل مال : قد كفلت لك بنفس فلان أوافيك به غداً ، أو فيما يؤجله له غير ذلك ، فإن لم أوافك بهغداً أو في الوقت الذي أجله له ، فما لك عليه فهو عليّ لك وهو ألف درهم أن الكفالة بالنفس على ذلك جائزة والشرط الذي شرط له من ضمان المال إن لم يوافه به باطل ، والمال له غير لازم بحال وافاه به للأجل الذي شرط عليه موافاته به ، أو لم يوافه به ، لأن ذلك من معاني المخاطرة . ولا خلاف بين الجميع في أن رجلاً لو قال لآخر : إن طلعت الشمس غداً فما لك على غريمك فلان وهو ألف درهم عليّ فطلعت من الغد أنه لا يلزمه بذلك من ضمان على غريمه شيء ، لأن ذلك من المخاطرة ، فكذلك قوله : إن وافيتك غداً بفلان ، وإلا فما لك عليه فهو عليّ لأن موافاته إياه غداً مما قد يجوز وجوده وغير وجوده بسبب منه وغير سبب منه، كما يجوز وجود طلوع الشمس من الغد وغير وجوده . ويُسأل المفرق بين ذلك الفرق بينهما من أصل ، أو قياس فلن يقول في أحدهما شيئاً إلا أُلزم في الآخر مثله ، وإذ كان القول عندنا في ذلك كذلك لما وصفنا من العلة فالواجب على ذلك من القول في الرجل يكون له قبل رجل ألف درهم من كفالة كفل بها عن غريم له شرط في كفالته له أنه إن وافاه بالمكفول عنه ما عليه من ذلك غداً أو الى وقت وَقَّتَهُ له وهو بريء من أن يكون الضمان الذي ضمنه له بالمال له لازماً ان اتبعه به الذي له المال بما له على المضمون عنه ، والشرطُ الذي شرطه له من البراءة من ذلك إن وافاه به الوقت الذي وقّته له باطل للعلة التي وصفت قبل .

واختلفوا في اللازم كفيلا بنفس رجل لرجل على أن يدفعه إليه في موضع يسميه له أو في وقت يوقته له إذا خالف ما شرط عليه من ذلك ، وما الذي يبرئه إذا لم يشرط عليه ذلك

فقال الثوري : في رجل كفل لرجل برجل إلى شهر ، فجاءه قبل الشهر (قال) : لا يبرأ من كفالته إذا جاء به دون الوقت (حدثني بذلك علي عن زيد عنه) . (وحدثنا علي قال : حدثنا زيد عن سفيان أنه قال) : إذا كفل وقال : أدفعه[1] الى غدا فلم يطلبه صاحب الحق ، (قال) : لا يبرأ حتى يأتيه أو يأتي به القاضي . [2]قال : (وقال سفيان :) في رجل كفل برجل ، ولم يسم مكانا يدفعه إليه فلقيه بالبرية ، فأراد أن يدفعه إليه (قال) : لا يبرأ حتى يدفعه إليه في ناحية المصر .

وقال أبو حنيفة : لو شرط رجل على رجل في الكفالة بالنفس أن يوافيه به غداً في مكانة القاضي ، فإن لم يوافه به هناك فعليه ما عليه فدفعه الكفيل الى الطالب الغد في السوق فهو بريء من المال .

(قال) : وكذلك[3] الكُناسة وكذلك ناحية من المسجد غير مكان القاضي ، وكذلك لو كان الأجل شهراً واشترط عند مكان القاضي فدفعه في مصر آخر عند قاضيه ، أو في سوقه فهو بريء من المال (في قول أبي حنيفة) . واما (في قول أبي يوسف ومحمد) : فإنه لا يبرأ إذا دفعه إليه في غير المصر الذي كفل به .

---

(١) ن : اليّ : ولعل صوابه : اليك .

(٢) لعله علي .

(٣) الكناسة موضع بالكوفة .

(وقالا) : لو دفعه إليه قبل الأجل وبرىء إليه منه بريء من الكفالة بالنفس ومن المال . ولو دفعه إليه بالسواد أوفي[1] كور من كور الجبل في غير مصر ولا مدينة وعند غير سلطان لم يبرأ ، وكان المال للكفيل لازماً إذا مضى الأجل قبل أن يدفعه إليه عند السلطان .

(قالا) : ولو شرط له أن يدفعه إليه عند الأمير[2] أو عند هذا القاضي فاستعمل الأمير قاضياً غيره فدفعه إليه عنده ، فإنه بريء من الكفالة (في قول أبي حنيفة وأصحابه) إلا في خصلة واحدة ، وهو أن يكفل له أن يدفعه إليه في مصر فيدفعه إليه في غيره فلا يبرأ .

(وقالوا) : لو كفل رجل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به إلى كذا وكذا من الأجل فعليه المائة الدرهم التي عليه فتغيب الطالب عند محل الأجل فطلبه الكفيل وأشهد على طلبه ، ولم يدفع إليه الرجل فإن المال لازم للكفيل .

(قالوا) : ولو كان اشترط عليه مكاناً فوافاه به في ذلك المكان وأشهد وتغيب الطالب حتى مضى الأجل ، فان المال لازم للكفيل ، ولو كان الكفيل اشترط في الكفالة أنه بريء منه إذا وافاه به المسجد الأعظم وأشهد على ذلك يوم كذا فوافاه به الكفيل المسجد يومئذ وأشهد وغاب الطالب ، أو لم يحضر فإن الكفيل بريء من الكفالة بالنفس والمال ، وكذلك هذه الكفالة لو كانت بالنفس بغير مال .

(وقالوا) : إذا كفل رجل بنفس رجل إلى[3] غد فان لم يواف به غدا في المسجد فعليه المائة الدرهم التي عليه واشترط الكفيل على الطالب إن لم توافِ غداً المسجد فتقبضه مني فأنا منه بريء فالتقيا بعد الغد ، فقال الكفيل : قد وافيتُ ،

---

(١) لعل صوابه : كورة من كور .

(٢) لعل صوابه : وعند .

(٣) ن : الى غدا

وقال الطالب : قد وافيتُ فإنه لا يُصدَّق واحد منهما على الموافاة . والكفالةُ على الكفيل على حالها ، والمال له لازم ، فإن جاء كل واحد منهما بالبينة على الموافاة إلى المسجد ولم يشهدوا على دفع الكفيل[1] إلى المكفول به إليه فإن الكفالة على حالها ، والمال لا يلزم الكفيل ،فإن أقام المطلوب البينة على الموافـاة إلى المسجد ولم يقم الطالب البينة فالكفيل بريء من كفالته بالنفس والمال ولا يُصدَّق الطالب على الموافاة .

(قالوا) : ولو كفل بنفسه على أن يدفعه إليه غداً فإن لم يفعل فالمال عليه ، واشترط الكفيل إن لم[2] توافني به فتقبضه مني فأنا بريء من الكفالة والمال فلم يلتقيا من الغد فإن الكفيل بريء ، والقول قول الكفيل إن الطالب لم يواف مع يمينه ، وعلى الطالب البينة ولا يشبه هذا الباب الأول ، لأن الكفيل ها هنا[3] لم يشترط عليه الموافاة به في مكان كما اشترط عليه في الباب الأول .

(قالوا) : وإذا ضمّن رجل رجلاً بنفسه لفلان فإن لم يواف به إلى شهر فعليه ما عليه وهو ألف درهم ، فمات الكفيل قبل الشهر ، وعليـه دين ، ثم مضى الشهر قبل أن يدفع ورثة الكفيل المكفول به إلى الطالب ، فإن المال يلزم الكفيل ويضرب الطالب به مع الغرماء من قبل أنه قد لزمه يوم كفل به ، وكذلك لو مات المكفول به ، ثم مات الكفيل قبل الشهر .

والصواب من القول عندنا في الرجل يكفل لرجل بنفس غريم له يوافيه به غدا في مكان يسميه له من البلدة التي هما بها أو في مجلس القاضي فإن لم يوافه به هنالك فعليه ما عليه وهو ألف درهم أن الكفيل لا يبرئه من الكفالة بنفس من يكفل به إلا[4] بموافاته ما عليه وهو ألف درهم أن المكفول له في الموضع الذي

---

(١) أي دفع المكفول به اليه .
(٢) ن : يوافه به فتقبضه .
(٣) ن : ها هنا يشترط .
(٤) اي الا ان يبرأ بموافاته .

شرط له أن يوافيه به كما لو أسلم اليه مالاً في طعام موصوف يوفيه إياه في موضع من البلد معروف لم يبرئه مما لزمه من تسليم ما لزمه تسليمه إليه في ذلك السلم إلا[1] بأن يوفيه ذلك الطعام في الموضع الذي شرط عليه المسلم إيفاءه إياه فيه ، فكذلك حكم من شُرط عليه في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في موضع من المصر ، أو المسجد لا يبرئه تسليمه إليه في غير ذلك من الأماكن إلاّ أن يبرئه المكفول له من الواجب له عليه بسبب ذلك الشرط .

ومن فرق بين حكم ذلك سُئل البرهان على ما ادعى من الفرق بين ذلك من أصل أو نظير . وأما ما أوجب الكفيل على نفسه للمكفول له من المال الذي على المكفول به إن لم يوافه به فقد بينا قبل ما يدل على فساد قول من ألزمه المال بتركه الموافاة بما اغنيَ عن إعادته في هذا الموضع . وكذلك (القول عندنا) لو كان اشترط عليه أن يدفعه إليه بعد انقضاء الشهر فجاء به قبل انقضاء الشهر ، فإنه لا يبرأ من الكفالة بموافاته به قبل انقضاء الشهر كما لا يبرأ بموافاته به إذا اشترط عليه أن يوافيه به في مكان من البلد إذا وافاه به في غير ذلك المكان لما وصفت من العلة قبل .

وأما القول في الذي يكفل لرجل بنفس غريم له عليه ألف درهم على أنه إن لم يوافه به عند انقضاء شهر كذا فعليه له ما له على المكفول به فيوافيه به في الوقت الذي شرط عليه موافاته به فيتغيب رب المال عن الكفيل ، فإن الكفيل لا يبرأ من الكفالة بالنفس من أجل أنه لم يسلم من كفل به إلى من كفل له .

وأما الذي على الغريم من المال فإنه لا يلزمه لما قد بينا قبل من أن ذلك من معاني الخطار ، وكذلك حكم الكفيل لو شرط على المكفول له أنه بريء من الكفالة إذا وافى بصاحبه من غد مسجد كذا حضر المكفول له فأبرأه ، أو لم يحضر

(١) اي الا ان يبرأ بأن .

فوافى به من الغد المسجد الذي شرط له موافاته به فتغيب المكفول له لم يبرأ الكفيل من كفالته وكانت الكفالة له لازمة بهيئتها ، وإن وافى الكفيل به المسجد وحضره المكفول له وسلمه إليه ، ثم اختلف الكفيل والمكفول له في تسليم المكفول به إلى المكفول له ، فإن القول في ذلك قول المكفول له إذا قامت على الكفيل البينة بالكفالة ، أو أقر بها ، وإن قامت للكفيل البينة بتسليم المكفول به إلى صاحبه في الموضع الذي شرط عليه تسليمه اليه فيه بريء من الكفالة .

وإما القول في رجل يكفل بنفس رجل لآخر له عليه ألف درهم يدفعه إليه عند انقضاء شهر كذا فإن لم يدفعه إليه في ذلك الوقت فهو ضامن للألف الذي له عليه فيموت الكفيل قبل مجيء الوقت الذي ضمن له[1] دفعه ثم يحل الوقت فإن (الصواب من القول في ذلك عندنا) أنه لا يلزم ورثة الكفيل بسبب كفالة ميتهم بنفس من تكفّل به شيء ، ولا يجب في مال الكفيل للمكفول له بسبب ذلك حق ، وذلك أن الميت إنما كان عليه تسليم المكفول به إلى المكفول له لو كان حياً دون تسليم ما على المكفول به من المال . وقد دللنا قبل على أن قوله : فإن لم أدفعه إليك في وقت كذا فما عليه لك فهو عليّ غير موجب له عليه حقاً إن لم يدفعه إليه في ذلك الوقت ، وأنه انما يتبع بالمطالبة تسليم المكفول به إلى من يكفل له به ولكن المكفول له به لو مات قبل مجيء الأجل الذي تشارطاه بينهما ، ثم جاء الأجل وأقامت ورثة المكفول له على الكفيل[2] بالمطالبة بتسليم المكفول بنفسه[3] لميتهم إليهم لزمه تسليمه اليهم إذا لم يكن للميت وصي ولم يكن عليه دين ولا كان أوصى بشيء ، لأن ذلك حق لهم عليه كما كان ذلك حقا لميتهم عليه ، وصاروا في القيام عليه بمطالبته به مكان الميت كنحو قيامهم بما جُعل له بعده مما كان له في

---

(١) اي دفعه فيه .

(٢) الباء زائدة .

(٣) ن : يمتهم .

حياته ، فإن كان للميت وصي لم يبرأ الكفيل بتسليمه المكفول به إلى ورثة المكفول له به ولكنه لو سلمه إلى وصي الميت بريء من الكفالة .

وكذلك لو كان على الميت دين أو كانت له مع الدين وصايا فسلمه إلى الوصي بريء من الكفالة إذا كان الوصي وصياً في ذلك كله ، فإن لم يسلمه إلى الوصي ولكنه سلمه إلى الغريم دون الورثة ، أو إلى الغريم والورثة لم يبرأ بذلك من الكفالة دون تسليمه إلى الوصي لأن الخصم في دين الميت ووصاياه وصيه إذا كان الورثة صغاراً ، فإن كان الوارث ممن يجوز أمره في نفسه وماله لم يبرأ الكفيل من الكفالة إلا بتسليم المكفول به إلى وصي المكفول له وورثته لأنهم حينئذ جميعاً خصومه ، ولكل واحد منهم مطالبته أما الوصي فيما أسند إليه القيام به من صرف ثلثه فيما أمره بصرفه فيه ، وأما الورثة فبقدر حقوقهم قبله بميراثهم ذلك عن ميتهم ، وإن دفعه إلى بعض دون بعض وبريء إليه منه لم يكن ذلك براءة له من مطالبة من لم يبرأ اليه منه ، وكان للآخرين مطالبته بكفالته لهم .

(وبالذي قلنا في ذلك قال أبو حنيفة وأصحابه) .

واختلفوا في حكم الرجل يكفل بنفس رجل لرجل عليه حق والمكفول له به غير حاضر

فقال ابو حنيفة ومحمد : كل كفالة بنفس كانت والطالب غير حاضر فانها باطل لا تجوز . (قالا) وكذلك المال غير أنا نستحسن اذا أوصى الرجل بوصية وقال لولده ، أو لبعضهم اضمنوا عني ديني فضمنوه والغرماء غَيَب ، فإن هذا جائز ، وإن لم يسم ذلك نستحسن ذلك . (وقالا) : لو كان هذا في الصحة لم يجز ولم يلزم الكفيل شيء (وهو قول أبي يوسف الأول) (ثم رجع ابو يوسف وقال) : الكفالة في ذلك كله غير جائزة ، وإن لم يحضر المكفول له .

(والصواب من القول في ذلك عندنا) أن المكفول له كفالة من كفل له

بنفس غريمه ، أو بما له عليه في حال غيبته عنه بالخيار في قبول الكفالة وترك قبولها . فإن قبل ذلك كانت له مطالبة الكفيل بما كفل له به ، وإن ترك مطالبته بها وأخذه بها بطلت كفالته له بمن كفل له به ، وإنما جاز للمكفول له مطالبته بمن كفل له بنفسه وهو عن ذلك غائب في الحال التي كفل له بها لصحة الخبر عن (رسول الله صلى الله عليه) أنه صلى على الميت الذي كان عليه الدين إذ ضمن ما عليه أبو قتادة من غير حضور من له الدين في وقت ضمانه عنه ما ضمن من ذلك ، فكان كل ضمان وكفالة كان من ضامن وكفيل المضمون[1] به مثله حاضراً كان المضمون له ، أو غائباً في حال ضمان الضامن له من ضمن له .

[2]**وقال أبو حنيفة ومحمد** : لو قال رجل لقوم : اشهدوا أني كفلت لفلان بنفس فلان والمكفول به حاضر والطالب غائب ، فإن هذه كفالة باطلة ، وإن قدم الطالب فأجاز ذلك فإنه لا يجوز من قبل أنه لم يكن له مخاطباً حين كفل .

(قالا) : وإن قدم الطالب فادعى أنك كنت كفلت لي به وإنما اشهدت على نفسك بشيء كان منك قبل ذلك وكفلت لي به وأنا غير حاضر فإن القول قول الطالب ، ويأخذه بالكفالة من قبل أن الكفالة على وجهين قد تكون إقراراً بشيء ماض منها ، وتكون مستقبلة فإن قال الطالب : هي ماضية ، فهي جائزة ، وإن قال : هي مستقبلة فهي باطلة (في قول أبي حنيفة ومحمد) .

وقال أبو يوسف : الكفالة جائزة ، وإن لم يكن له مخاطباً والماضي منها والمستقبل واحد . (وقالوا) : إذا قال الرجل للرجل : إن لفلان على فلان مالاً فاكفل له بنفسه ، فكفل له بنفسه ، وفلان الطالب غائب ، ثم قدم فلان فرضي

---

(١) ن : له .

(٢) ن : قال وقال .

بذلك فهو جائز ويأخذه به لأنه قد خاطبه مخاطب ، وإن لم يكن وكيلاً وللكفيل أن يخرج من الكفالة قبل قدوم فلان الطالب . وليس للمخاطب أن يخرجه حتى يحضر الطالب .

(قالوا) : وإذا وكل رجل رجلاً بأن يأخذ له من فلان كفيلاً بنفسه فأخذ كفيلاً بنفسه فإن كان الكفيل كفل للوكيل فإنه لا يأخذه الوكيل بذلك ، ولا يأخذه الموكل ، وإذا كفل به للموكل أخذه الموكل ولا يأخذه الوكيل ، وإن دفعه في الوجهين جميعاً إلى الموكل بريء من الكفالة .

والصواب من القول عندنا : في الكفالة بنفس رجل لرجل بمخاطبة آخر إياه بذلك :إن الكفالة للكفيل لازمة ولا سبيل للكفيل إلى الخروج من الكفالة إلا[1] ببراءة المكفول له إياه من الكفالة ، أو بتسليمه المكفول به إلى المكفول له به ، أو إلى من قام مقامه لما وصفنا قبل من صلاة (النبي ﷺ) على من ضمن أبو قتادة دينه من غير حضور الغريم المضمون ذلك له ، ولولا لم يكن لزم أبا قتادة المال بضمانه إياه لم يكن النبي (صلى الله عليه) ليصلي عليه بعد امتناعه من الصلاة بسبب دينه الذي كان عليه لغرمائه . وأما إذا وكل الرجل وكيلا بأخذ كفيل له من رجل بنفسه له عليه حق ففعل الوكيل ذلك ، فإن (القول عندنا) في ذلك إن كان قال للكفيل : اكفل بنفس فلان لفلان ففعل ذلك ، ثم سلم الكفيل إلى المكفول له غريمه الذي كفل بنفسه دون وكيله الذي تولى تكفيله إياه له بريء من الكفالة ، وإن لم يكن بيّن له ذلك ولا أقر به بعد الكفالة فإنه لا يبرأ الكفيل إلا بتسليم من كفل له بنفسه إلى من كفل له به .

وكذلك وصي ميت لو كفّل غريماً للميت من رجل بنفسه فدفعه الكفيل إلى ورثة الميت ، أو الى غرمائه لم يبرأ منه (في قولنا وقولهم) لأن الكفالة للوصي دونهم .

---

(١) البراءة هنا بمعنى الابراء .

القول في الألفاظ التي تصح بها[1] الكفالة وتلزم

وإذا كفل رجل لرجل برأس رجل أو بوجهه ، أو برقبته أو بجسده ، أو ببدنه ، أو بنصفه ، أو بثلثه ، أو بروحه فإن ذلك كفالة جائزة (في **قياس قول** مالك والثوري والشافعي) .

وهو قول أبي حنيفة واصحابه وإذا كفل بغير ذلك من جسده فهو باطل (في قول أبي حنيفة وأصحابه) . (وقالوا) : إنما أبطلنا ذلك لأن ذلك لا يشبه **عمل التجار** ، (قالوا) : ولا يلزم المال في هذا . (قالوا) : ولو لم يكن فيه ذكر مال لم تلزمه به كفالة ، ألا ترى أنه لو قال : أكفل لك بكذا وكذا لشيء لا يكون ولا يشبه **فعال التجار** فإن لم أوافك به غداً فعليّ الألف الدرهم الذي لك على فلان كان هذا باطل ، ولا يلزمه المال .

وقياس قول مالك والثوري والشافعي : ان الكفالة تلزمه بكل ما كفل به من جسده لأن ذلك قولهم في الطلاق والظهار .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : لو قال : هو إليّ ، أو قال : هو عليّ ، أو أنا كفيل به ، أو أنا ضامن له ، أو أنا قبيل به ، أو زعيم به ، أو صبير به كان هذا جائزاً يؤخذ به الكفيل . (قالوا) : وكذلك لو قال : عليّ أن أوافيك به ، أو عليّ أن ألقاك به فهو جائز ، وكذلك لو قال : هو عليّ حتى تجتمعا أو حتى توافيا ، أو حتى تلتقيا . (وقالوا) : وإن لم يقل هو عليّ حتى تلتقيا ، وقال : أنا ضامن حتى تجتمعا او توافيا أو تلتقيا فهو ضامن يؤخذ به حتى يوافيه به . (وقالوا) : إن قال : أنا ضامن لمعرفته[2] فهو باطلٌ وهو مثل قوله : أنا ضامن حتى أدلك عليه .

والصواب من القول عندنا في الرجل يكفل ببعض أعضاء الرجل لرجل

---

(١) اي الكفالة بالنفس .

(٢) ن : فهو باطل فهو باطل .

عليه حق إن ذلك كفالة جائزة ، وللكفيل لازمة ، وسواء كانت كفالته له من جسده بالوجه أو بالرأس ، أو بالرجل ، أو بالظهر ، أو بالبطن ، أو الفرج ، أو غير ذلك من جسده لإجماع الجميع من الحجة على أنه إذا كفل بوجهه فكفالته جائزة للكفيل لازمة وهو بعض جسده فمثله سائر الأعضاء من جسده ومن ألزم الكفيل بوجهه الكفالة بنفسه كلها ، وأنكر إلزامه إذا كفل باصبعه أو ظهره[1] أو بطنه فمتحكم والتحكم لا يعجز عنه احد ويُسئل الفرقَ بين الكفالة بالوجه والظهر ، والفرق بين ذلك من أصل ، أو قياس فلن يقول في شيء من ذلك قولاً إلا أُلزم في غيره مثله ، وأما الألفاظ التي تلزم بها الكفيل الكفالة فإن يقول للمكفول له : أنا لك بنفس غريمك فلان كفيل ، أو زعيم ، أو حميل ، أو صبير ، أو قبيل ، أو ضمين ، أو هو لك عليّ أدفعه إليك ، أو هو عليّ لك حتى أوافيك به ، أو حتى أسلّمه إليك ، وما أشبه ذلك من القول ، فأما اذا قال : عليّ أن أوافيك بغريمك فلان ، أو أن ألقاك به ، فإن ذلك غير كفالة ، ولا لازم به القائل[2] شيء للمقول له . فأما إذا قال : هو عليّ حتى تجتمعا ، أو حتى تلتقيا ، أو حتى تتوافيا ، فإن ذلك كفالة يؤخذ بها الكفيل ، لأن قوله : هو عليّ كفالة ولا يبطلها قوله حتى تجتمعا أو حتى تلتقيا .

وإذا كفل رجل لرجل بنفس غريم له ، أو بنفس رجل له قبله حق ، ثم جحده الكفالة فخاصمه إلى القاضي ولا بينة له فإن الواجب على الحاكم استحلاف المدعى عليه الكفالة (في **قياس** قول مالك ، والأوزاعي والثوري) .

(وهو قول أبي حنيفة وأصحابه ، **وقياس** قول الشافعي) .

وأما (في قول أبي ثور) فإنه لا يمين عليه ، لأنه لو أقر بها لم يكن (عنده) مأخوذاً بها فلا وجه لاستحلافه على ذلك (في قوله) .

---

(١) ن : وبطنه .

(٢) ن بشي .

(والصواب من القول في ذلك عندنا) أن يُستحلف المدعى عليه الكفالة ، لأن الكفالة بالنفس حق من حقوق المدّعي إذا ثبتت على الكفيل يلزم الحاكم أخذ الكفيل بها فسبيلها سبيل سائر الحقوق الواجبة لبعض الناس على بعض .

فإن حلف المدعي ذلك عليه برىء من مطالبة خصمه إياه بذلك ، وإن نكل عن اليمين فإنه يجب (على قول مالك والشافعي) ان ترد اليمين على المدعي فإن حلف أُخذ له المدعى قبله الكفالة بالكفالة .

وأما على قول الثوري وأبي حنيفة وأصحابه فإنه يجب على الحاكم إن نكل المدعي عليه الكفالة عن اليمين على دعوى صاحبه أن يُلزِم الكفالة التي ادعاها عليه صاحبه فإن استعدى الكفيل على المكفول به حتى يحضر معه فيبرئه ، والأمر على ما وصفنا من قضاء الحاكم على الكفيل بالكفالة بعد جحوده ذلك ونكوله عن اليمين لخصمه وحلف خصمه على ما أنكر من ذلك لم يكن للحاكم أن يكلّفه الحضور معه لذلك ، لأنه بجحوده الكفالة قد أقر أنه ليس له على المكفول به سبيل بسبب كفالته إياه لخصمه ، ولكن لو أن رجلاً ادعى على رجل أنه كفل له بنفس فلان غريم له ورفعه إلى الحاكم فأقر الكفيل بالكفالة فقضى بها عليه ، فسأل المقضيّ عليه بها أن يعديه على المكفول به حتى يحضر معه فيبرئه من الكفالة نظر الحاكم في ذلك فإن كان المكفول به مقرا أنه أمر الكفيل أن يكفل به لصاحبه أعداه عليه وأمره بالحضور معه حتى يبرئه مما دخل فيه من الكفالة بنفسه بمسألته ذلك إياه وإن أنكر المكفول به أن يكون أمره بذلك وحلف عليه لم يكلَّف حضوره معه ولا يعدى عليه الكفيل ، إلا أن يقيم الكفيل بينة عادلة أنه كفل به بـأمره فيكلَّف حينئذ الحضور معه .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : إن استعدى الكفيل على المكفول به حتى يحضر معه فيبرئه من الكفالة فإن كان المكفول به أقر أنه أمره ان يكفل به أمر أن يحضر معه فيبرئه وإن قال : كفل بي ولم آمره فحلف على ذلك لم يجبر على الحضور معه ،

إلا أن يقيم الكفيل بينة أنه كفل به بأمره فيؤمر بالحضور معه .

وأجمعوا على أن الرجل إذا قال لآخر : بايع فلاناً فما وجب[1] لك عليه من درهم إلى ألف درهم ، أو إلى ما يسميه محدود المبلغ فهو عليّ فبايعه المقول ذلك له فيلزمه له من المال ما حده له ، أو ما دون ذلك فإن قائل ذلك الآمر بمبايعته ضامن لصاحبه المأمور بمبايعة من أمره بمبايعته ما وجب له عليه بمبايعته إياه إلى المقدار الذي حده إن كان وجب ذلك له عليه ، أو ما دونه .

واختلفوا في حكمه إن قال له بايعه فما وجب لك عليه من شيء فهو لك عليَّ

فقياس قول مالك : أنه إذا بايعه المقول ذلك له فوجب له عليه شيء فهو لازم الضامن إذا كان ذلك قدر ما حد له لم يجاوزه وذلك أن (يونس بن عبد الأعلى ، حدثني قال : أخبرنا ابن وهب قال : قال مالك) : في رجل قال لرجل : أنا لك بما لك على فلان فخرق ذكر الحق الذي عليه واطلبني بما عليه فخرق ذلك وطلبه بما له عليه فإن ذلك جائز .

وقال الثوري : في رجل لقي رجلا قد لزم رجلا فقال : خل عنه ، وما كان لك عليه من حق فهو عليّ (قال) : ليس بشيء حتى يسمي ما عليه (حدثني بذلك علي بن سهل قال : حدثنا زيد عنه) .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : إذا قال الرجل لرجل : بع فلاناً فما بعته من شيء فهو عليّ فهو جائز ، وإن لم يوقت لذلك وقتاً ، وإن باعه بألف درهم ، أو أكثر ، أو أقل فهو جائز ، وكذلك لو باعه بالدنانير ، وكذلك لو باعه بذهب تبر ، أو فضة ، أو بشيء مما يكال ، أو يوزن فهو جائز والكفيل ضامن لذلك ، فإن

---

(١) ن : له .

جحد الكفيل فقال : لم تبعه ، وقال الطالب : بعته متاعاً بألف درهم ، وأقر المطلوب المكفول عنه بما قال الطالب : فإن المال يلزم الكفيل والمكفول عنه .

(وقالوا) : ألا ترى انه لو قال ما لزمه لك من شيء فأنا ضامن له فأقر المكفول عنه بألف درهم فادعى الطالب[1] وجحد الكفيل فقال : لا شيء لك عليه إن القول في ذلك قول المطلوب والطالب ويؤخذ الكفيل بذلك كله .

(قالوا) : وهذا استحسان والقياس في هذا أن لا يؤخذ بشيء حتى يقيم البينة على ما باعه به ، (قالوا) : ولو قال الكفيل : قد بعتَه بخمس مائة ، وقال الطالب : بعتُه بألف وأقر بذلك المكفول عنه فإنه يؤخذ بألف ويؤخذ به الكفيل ، (وقالوا) : لو قال : إذا بعته بشيء فهو عليّ فباعه متاعاً بألف درهم ، ثم باعه بعد ذلك خادماً بألف درهم لزم الكفيل المال الأول ، ولم يلزم الثاني لأنه قال له : إذا بعته بشيء ، فهذا على مرة واحدة ولا يكون على مرتين ، وكذلك لو قال له : متى بعته فهو علي مرة واحدة ، وإن باعه ثانية لم يلزمه ، وكذلك إن قال له : إن بايعته بشيء فهو عليّ فبايعه مرتين أو ثلاثاً فإن البيع الأول على الكفيل ، وما بعده لا يلزمه .

(قالوا) : فإن قال : كل ما بايعته به من شيء ، أو ما بايعته من شيء ، أو الذي تبايعه به من شيء فهو لك عليّ فمتى بايعه فهو على الكفيل كله . (قالوا) : ولو قال : ما بعته اليوم فبايعه هذين البيعين في ذلك اليوم لزمه المالان جميعاً . (قالوا) : ولو كان وقّت الف درهم فقال : بعه بينك وبين ألف درهم ، فما بعته من شيء ، فهو عليّ إلى ألف درهم فباعه متاعه بخمس مائة وباعه حنطة بعد ذلك بخمس مائة وقبض ذلك لزم الكفيل المالان جميعاً ، لأنه وقت .

(قالوا) : وكذلك لو قال : كل ما بعته بيعاً بشيء فأنا له ضامن فباعه

---

(١) ن : جحد .

بيعين على ما ذكرت لزم الكفيل المالان جميعاً . (قالوا) : ولو قال : بع فلاناً فمابعته به فهو عليّ ، أو اليّ ، أو فأنا له ضامن ، أو فأنا به كفيل فهو سواء والمال عليه .

(قالوا) : ولو لم يقل ذلك ، وقال له : بعه فباعه بمال[1] لم يلزم الآمر ، لأنه لم يضمن له . (وقالوا) فإن قال : متى بعته متاعاً بشيء فأنا له ضامن أو إذا بعته متاعاً فأنا ضامن لثمنه فباعه متاعا في صفقتين كل صفقة بخمس مائة درهم أحداهما قبل الأخرى ضمن الكفيل الأولى منهما ، ولم يضمن الأخرى . (قالوا) : ولو قال : ما بعته من[2] زُطّي فهو عليّ فباعه يهودياً أو حنطة لم يضمن الكفيل شيئاً (قالوا) : وكذلك[3] لو أقرضه فإن الكفيل لا يضمن القرض ، وكذلك لو قال له : أقرضه فما اقرضته فهو عليّ فباعه متاعاً بمال لم يضمن الكفيل من ذلك شيئاً ، لأنه خالف .

ولو قال داينه اليوم فما داينته به اليوم من شيء فهو عليّ فاقرضه في ذلك اليوم وباعه متاعاً بألف درهم ، وقبضه لزم الكفيل المال لأن القرض ، وثمن البيع يدخل في المداينة .

(قالوا) : ولو رجع الكفيل عن هذا الضمان قبل أن يبيع منه شيئاً ونهى الطالبَ عن مبايعته ، ثم باعه الطالب بعد ذلك لم يلزم الكفيل من ذلك شيء لأن الكفيل قد رجع عن ذلك . (قالوا) : ولو قال : ما بعته به اليوم من شيء فهو لك عليّ ، ثم جحد الكفيل هذه المقالة وجحدها المكفول به فأقام الطالب بينة أنه باعه يومئذ متاعاً بألف درهم وقبضه منه لزم الكفيل ذلك ولزم المكفول عنه وأيهما خاصم بهذه البينة فهو جائز عليه لازم له ولصاحبه ، فإن لقي صاحبه بعد ذلك لم

---

(١) ن : بمال يلزم .

(٢) الزطي واليهودي جنسان من الثياب .

(٣) ن : لولو أقرضه .

يُعد عليه البينة ويكتفي بالشهادة الأولى عند القاضي إذا كان هو ذلك القاضي .

والصواب من القول عندنا في الرجل يقول لآخر : بع فلاناً فما بعته من شيء فهو عليّ إن ذلك ضمان باطل لا يلزم قائل ذلك للمقول له شيء إذا باعه ، وذلك لاجماع الجميع من الحجة على أن قائلاً لو قال : من بايع فلاناً اليوم من درهم إلى ألف درهم ،فهو عليّ ،أو فأنا له ضامن فباعه رجل في ذلك اليوم بألف درهم ، أو أقل من ذلك متاعاً إنه لا يلزم القائل ذلك شيء بقيله ذلك إذ كان المضمون له ذلك في حال ما ضمنه له مجهولاً ، وإن كان المال المضمون معلوم المبلغ محدود القدر في حال الضمان ، فكذلك الحكم قياساً عليه مثله في فساد الضمان وبطوله عن الضامن إذا تضمن مالاً مجهول المبلغ غير محدود القدر في حال ضمانه ، وإن كان المضمون عنه والمضمون له معلوم العين لا فرق بينهما ، ومن أنكر ما قلنا فالزم الضمان الضامن مالاً مجهول المبلغ في حال الضمان إذا كان المضمون له[1] معلوم الشخص وأبطل الضمان عن الضامن مالاً معلوم المبلغ في حال الضمان إذا كان المضمون له مجهول العين يُسأل الفرق بينهما من أصل ، أو قياس فلن يقول في أحدهما قولاً إلا أُلزم في الآخر مثله ؛ فإن حد مبلغ المال المضمون الضامن فقال للمضمون له بع فلانا من درهم الى الف درهم ، أو من دينار الى مائة دينار أو من قفيز حنطة إلى كر منها ، أو ما أشبه ذلك مما يكال ، أو يوزن فباعه قدر ذلك ، أو أقل منه لزم الضامن ما ضمن من ذلك ، فإن قال الطالب المضمون له : قد بعته بألف درهم وصدّقه على ذلك المضمون عنه ، وأنكره الضامن وكذّبهما وقال للطالب : لم تبعه شيئاً ، فالقول في ذلك قوله مع يمينه ولا يؤخذ بشيء مما ادعاه قبل المضمون عنه بتصديق المضمون عنه إياه إذا حلف على أنه لا يعلمه باعه شيئاً إلا ببينة عادلة تشهد على المضمون عنه بابتياعه من المضمون له ما ادعى قبله المضمون له ، ولكن المضمون له يتبع المضمون عنه

---

(١) ن : مجهول .

بما أقر به على نفسه له فيؤخذ به ، وذلك أنه لا يلزم أحدا بإقرار غيره عليه شيء .

وكذلك القول في ذلك لو صدّق الضامن المضمون له على بعض ما ادعى أنه باع المضمون عنه ، وأنكر بعضه وحلف قُضي عليه بما صدّقه عليه من ذلك وكان القول فيما أنكر منه قوله مع يمينه على علمه على ذلك إلا أن تقوم للمضمون له بينة على المضمون عنه بما ادعى أنه باعه فيحكم حينئذ به عليه ، وأما إذا قال الضامن للمضمون له : إذا بعت فلاناً شيئاً فهو عليّ فباعه متاعاً بألف درهم فإنه لا يلزمه من[1] الألف شيء لما بينا قبل من فساد ضمان الضامن مالاً مجهول المبلغ في حال ضمانه إياه ، ولكنه لو قال له :

إذا بعته متاعاً بألف درهم ، أو إذا بعته شيئاً بدرهم إلى ألف درهم ، فما وجب لك عليه من ثمن ذلك فهو عليّ فباعه سلعة ، أو خادماً يكون مبلغ ثمنها ما حُدّ له من مقدار المال فإنه يلزمه فإن باعه بعد ذلك بيعة أخرى بثمن آخر يكون مبلغه قدر ما حدّ له من ذلك ، أو أقل ، لم يلزم الضامن من ثمن البيعة الثانية شيء لأن قوله : إذا بعته معنيّ به وقت البيع الذي يبايعه فيه متاعاً بالمال الذي حدّ له مبلغه ، وذلك موجّه إلى أول وقت يبايعه فيه ، كما أن قائلاً لو قال لزوجته : إذا دخلت الدار فانت طالق فدخلت الدار لحقها الطلاق فان خرجت منها ثم عادت فدخلت لم يعد عليها الطلاق ، لأن الحنث قد لحقه بوجود الوقت الذي أوقع بها فيه الطلاق ومضى فلن يعود ، فكذلك لا يعود عليها الطلاق بدخولها الدار مرة أخرى ، لأن الوقت الذي أحدثت فيه الدخول الثاني غير الوقت الذي أوقع بها فيه الطلاق فهي في دخولها الدار مرة أخرى في أنها لا يعود عليها الطلاق بمنزلتها لو قال : أنت طالق إن دخلت الدار غداً فلم تدخل من الغد حتى مضى ، ولكنها دخلتها بعد الغد .

(والقول عندنا) : في متى بايعت ، وإن بايعت مثل القول في إذا بعت ،

---

(١) ن : الف .

والعلة في كل ذلك ما بينا في إذا بايعت . وأما إذا قال : ما بعته اليوم من درهم إلى ألف درهم ، أو ما بعته من درهم إلى ألف درهم بغير تحديد وقت بعينه ، فهو عليّ ، أو فأنا له ضامن لك ، ثم بايعه المضمون له أجناساً من السلع كان مبلغ جميع ذلك قدر ما حدّ له الضامن من المال ، فإن ذلك مأخوذ به الضامن غير أنه إذا كان الضامن إنما ضمن ما وجب له على صاحبه بمبايعته إياه في وقت حده له بعينه لم يلزم الضامن ما وجب له قبله قبل ذلك ، لأن ذلك غير داخل فيما ضمنه له ، وأما إذا قال الضامن للمضمون له : بايع فلاناً ، فكل ما بعته من درهم إلى ألف درهم فهو عليّ ، فبايعه مرة بعد مرة فإن ذلك كله للضامن لازم ما لم يجاوز فيما بايعه ما حد له من المال ، لأن قوله : كل ما على التكرير لا على عدد محصور .

وأما إذا قال له : بعه من درهم إلى ألف درهم ، ولم يقل فما بعته من ذلك فعليّ ثمنه لك ، أو فأنا له ضامن لك ، أو كفيل لك عليه فلا شيء للمأمور بذلك على الآمر ، لأنه لم يضمن له شيئاً .

وكذلك لو قال له : اعطه ألف درهم ، أو أقرضه ألف درهم ولم يقل على أن ما أقرضته من ذلك عليّ أو ما أعطيته منه فهو لك عليّ أو فأنا ضامنه أو فأنا كفيل لك به عنه ، وما أشبه ذلك فلا شيء عليه إن أقرضه أو أعطاه ذلك لأنه لم يضمنه له ، وكذلك لو قال له : أقرضه ألف درهم على أن ما اقرضته من ذلك فهو لك عليّ ، أو فأنا ضامنه لك فلم يقرضه ، ولكنه باعه متاعاً بألف درهم لم يجب له عليه من ذلك شيء ، لأنه لم يضمن له ما بايعه به إنما ضمن له ما أقرضه إياه ، ولم يقرضه المأمور شيئاً فيكون له اتباع الآمر به ، ولو قال رجل لرجل : ما بعت اليوم فلاناً من شيء من كذا ، إلى كذا ، فعليّ ثمنه فباعه ذلك اليوم بالمال الذي[1] حده له ، ثم جحد الكفيل والمكفول عنه ما بايع المكفول له المكفول عنه فخاصم المكفول له في ذلك الكفيل ، وأقام عليه المكفول له بينة فإن الواجب على الحاكم

(١) ن : اخده .

أن يسمع شهادة بينته على مبايعته المكفول عنه بما لزمه له بمبايعته إياه في ذلك اليوم من المال حضر المكفول عنه ، أو غاب لأن ما لزمه من المال في ذلك اليوم من المال حضر المكفول عنه ، أو غاب لأن ما لزمه من المال في ذلك اليوم بسبب[1] مبايعة المكفول له إياه فهو للكفيل لازم إلى مبلغ ما حد له وان (مذهبنا) أن على الحاكم استماع شهادة شهود ذي الحق على من شهدوا عليه له به حضر المشهود عليه ، أو غاب ويقضي بما شهدوا له به عليه من مال المشهود عليه به ، وقد بينا العلة الموجبة القول بذلك في غير هذا الموضع بما اغني عن إعادته في هذا الموضع

[2]وإذا قضى الحاكم بشهادة شهود المكفول له بذلك على الكفيل ، ثم حضر المكفول عنه ، وأراد الكفيل أخذه بما أدى عنه لم يكن للحاكم تكليف الكفيل إحضار بينة بوجوب ذلك له عليه لأن قضاءه[3]على الكفيل للمكفول له بذلك قضاء منه للكفيل على المكفول عنه ، ولكن يجب عليه أمر المكفول عنه بالخروج إلى الكفيل مما لزمه بسبب ما قضى للمكفول له عليه بعد أن يكون قضاؤ ه عليه له بشهادة شهود شهدوا له أنه كفل للمكفول له بما كفل عن المكفول عنه بأمره إياه بكفالته ذلك عنه .

ولو أن رجلاً قال من بايع فلاناً اليوم من كذا إلى كذا فهو عليّ له فباعه رجل ، أو جماعة لم يلزم ذلك الكفيل (في قول أحد) من أجل انه ضمان[4] لمجهول الشخص .

وقال محمد بن الحسن : لم يلزم ذلك لأنه لم يخاطب أحداً بذلك .

ولو قال لقوم بأعيانهم : ما بايعتموه به اليوم أنتم وغيركم فهو عليَّ كان عليه ما بايع به الذين خاطبهم بهذا القول لأنه ضمان لقوم بأعيانهم معلومين ، وأما ما

---

(١) ن : مبايعته .

(٢) كأنه يعني كتاب القضاء من اختلاف الفقهاء .

(٣) ن : عن .

(٤) ن : بمجهول .

بايع به غيرهم فلا يلزمه لأنه ضمان لمجهول (وكذلك قال في ذلك أبو حنيفة وأصحابه)

ولو قال : ما بايعت به فلاناً من شيء فهو عليّ فأسلم إليه دراهم في طعام أو باعه شعيراً إلى أجل كان ذلك كله لازماً للكفيل لأنه مما بايعه به (وكذلك قال أبو يوسف ومحمد) .

القول في حكم الرجل يأمر رجلا ان ينقد رجلا عنه مالا محدود المبلغ

وإذا امر رجل رجلا أن ينقد فلاناً عنه ألف درهم له عليه ، فنقد ذلك عنه المأمور فإن للمأمور أن يرجع بها على الآمر ، وكذلك لو قال له : انقده عني فنقده ذلك ، وكذلك قوله : انقده ما له عليّ ، وهو كذا وكذا درهماً ، فذلك كله سواء إذا قضاه المأمور رجع به على الآمر وكذلك القول في ذلك لو قال له : اقضه ما له عليّ ، أو اقضه عني ألف درهم ، أو قال : ادفع إليه الذي له عليّ ، أو اعطه الذي له عليّ ، أو اعطه عني ألف درهم ، وكذلك لو قال له : أوفه ما له عليّ ، فذلك كله سواء (وكذلك قال أبو حنيفة واصحابه) ، (وقالوا) : إنما جعلنا للمأمور الرجوع على الآمر بما[1] أدى عنه إلى غريمه من دينه الذي أمره بأدائه إليه من أجل أن في إدائه إلى غريمه بامره إياه ما أدى من دينه براءة له مما عليه بقبض الغريم من المأمور ما قبض من دينه على الآمر[2] قبضٌ له من الآمر له فكان قوله له : انقد فلاناً مما له عليّ كذا ، وكذا ديناراً بمنزلة قوله أقرضني كذا وكذا دينارا فأقرضه إياه فهو له عليه دين . ولو أن الغريم أراد مطالبة المأمور بما أمره الآمر بدفعه إليه أو بنقده إياه وهو كذا وكذا ديناراً فامتنع المأمور من دفع ذلك إليه

---

(١) ن : ادعى .

(٢) كذا في النسخة ، ولعل صوابه : وقبض .

وإعطائه إياه على ما أمره به ، ثم ترافعا إلى الحاكم لم يكن للحاكم إلزام المأمور بما أمره صاحبه بدفعه إليه ، لأن ذلك ليس بضمان منه له ما أمر بإعطائه إياه فتكون له عليه السبيل بسبب ضمانه ذلك له . ومثل قوله : انقده عني ألف درهم قوله : انقده ألف درهم على[1] أني له ضامن ، أو على أني به كفيل ، أو على أنه لك عليّ (وكذلك قال أبو حنيفة وأصحابه) : (قالوا) : ومثل ذلك أيضا قوله على أنه عندي ، أو قبلي .

قالوا : وكذلك لو أن الدافع نقده به مائة دينار ، أو باعه به خادماً أو عبداً أو عرضاً من العروض وقبضه فقد قبض الألف ويرجع الدافع به على الآمر .

(وهذا الذي قالوا عندنا كما قالوا) وذلك أن في بيع المأمور غريم الآمر بالألف الذي له عليه الذي أمره أن ينقده عنه ما باعه إياه براءة للآمر من دين غريمه ، فله اتباعه بما قضى عنه بأمره .

وإذا قال الرجل للرجل : ادفع إلى فلان ألف درهم قضاء له ، ولم يقل عني ولا قال[2] : على انه لك عليّ أو[1] على أنه لك قبلي ، أو[1] على أنه لك إليّ فدفعها المأمور إلى من أمره بدفعه إليه ، وبرىء اليه منه ، فإنه لا يرجع المأمور بذلك على الآمر من أجل أنه لم يضمن ذلك له ، فهو كقوله له : ادفع إلى فلان ألف درهم ، ولا خلاف بينهم أنه إذا دفع المقول ذلك له إلى من أمره بدفعه إليه لم يكن للدافع اتباع الآمر به لأنه لم يقض عنه بذلك ديناً للمدفوع ذلك إليه عليه ، ولا قبضه المدفوع ذلك إليه للآمر على توكيل منه إياه بقبضه له فيكون مستديناً من الآمر ، ولو لزم ذلك الأمر بقوله ادفع إليه لزمه بقوله له تصدق على المساكين اليوم بألف درهم ولم يقل عني بالألف الدرهم ، أو تصدق بذلك ، وذلك مما لا نعلم قائلاً يقوله من أهل العلم .

---

(١) ن : انه

(٢) ن : عليّ .

وقال أبو حنيفة : إذا قال الرجل للرجل : ادفع إلى فلان ألف درهم قضاء له ولم يقل عني ، ولا قال : هو عليّ لك ، ولا[1] على أنه لك قبلي ، ولا[1] على أنه لك إليّ فدفعه المأمور إليه وبرىء منه ، فإن كان خليطاً للآمر رجع به عليه ، وان لم يكن خليطاً له لم يرجع به عليه (وكذلك قال أبو يوسف ومحمد) .

(ثم رجع يعقوب فقال) : يرجع عليه خليطاً كان ، أو غير خليط .

وسواء في ذلك (عندنا) أمر بذلك أخاه أو إبنه ، أو إبن أخيه ، أو عمه ، أو خاله ، أو أمر بذلك ولداً كبيراً في عياله ، أو زوجته ، أو أمرت امرأة زوجها في أن ذلك لا يلزم لما وصفنا إذا دفعه المأمور إلى من امره بدفعه إليه ، ولكنه إن أراد أن يرجع به على المدفوع ذلك إليه إذا كان دفعُه إليه ما دفع من ذلك إليه على ظن منه أن له الرجوع به على الآمر إذا دفعه المأمور إلى الذي أمر أن ينقده رجع به على الآمر إن كان خليطاً أو لم يكن خليطاً كان ذلك له .

وقال أبو حنيفة : لو أمر الرجل بذلك أخاه ، أو إبنه ، أو إبن أخيه ، أو عمه أو خاله كان ذلك مثل الغريب الذي لم يخالط إلا أن يأمر إنساناً في عياله في أمر ولداً له كبيراً في عياله او زوجته ، أو امرأة أمرت زوجاً أو أمر أخاً له في عياله أو أحدا بعد أن يكون في عياله فدفع المال فإنه يرجع به على الآمر (**قال**) : وهذا بمنزلة الخليط ، وكذلك الأجير وكذلك الشريك (قال) : استحسن هذا وأرى هؤلاء جميعاً بمنزلة الشريك والخليط (وهذا ايضاً قول محمد وهو قول أبي يوسف **الأول**) ، وأما (في قوله **الذي رجع إليه**) فإن كل هؤلاء سواء ويرجع من إعطاء مَن أمره بإعطائه صاحبُه عليه بما أعطى بأمره .

وقال ابو حنيفة : إذا قال رجل لرجل ادفع إلى فلان ألف درهم ، وليس الآمر بخليط للمأمور فدفع المأمور إليه الف درهم فانه لا يرجع به على الآمر وللدافع أن يرجع به على الذي قبضه لأنه لم يدفعه إليه على وجه يجوز دفعه .

---

(١) ـ ن : عليّ

ولو أن رجلاً أمر رجلاً خليطاً له أن يدفع إلى فلان عنه ألف درهم بخية فنقده المأمور ألف درهم غلة ، أو زيوفاً أو بهرجة لم يكن للدافع أن يرجع على الآمر إلا بمثل ما نقد (في قول أبي حنيفة وأصحابه) .

(قالوا) : ولو كان المأمور كفيلاً عن الآمر بألف بخية فنقده ألف درهم غلة ، أو زيوفاً ، أو بهرجة رجع الدافع على المكفول عنه بألف درهم .

(والذي قالوا في ذلك عندي كما قالوا) : وذلك أن المأمور بدفع الف درهم على الآمر إلى آخر إذا دفع اليه خلاف الذي أمره بدفعه إليه فالمدفوع إليه قابض ما قبض منه للآمر كان مثل الذي أُمر أن يدفعه إليه ، أو دونه . وإذا كان المأمور كفيلاً بما أدى عنه بأمره فإنما هو قاض عن الآمر ما لزمه لغريمه بضمانه عنه والذي لزمه له بخية إن كان الذي عليه من المال بخية فإذا قضى الكفيل المكفول له دون الذي له ، فرضي به الغريم فإنما هو ترك منه له ما له أخذه به وإحسان منه إليه ، وإن كان في ذلك براءة للمكفول عليه فللكفيل الرجوع على المكفول عليه بما كفل عليه من المال وهو البخية لأن ذلك الذي كفل لغريمه عنه .

القول في كفالة العبد بنفس رجل لرجل وضمانه له مالاً له عليه

وإذا كفل عبد بنفس عبد أو حر أو حرة أو أم ولد ، أو مكاتبة فإن ذلك كفالة باطلة لا يؤخذ بها العبد (في قول الجميع) إذا لم يكن سيده اذن له في ذلك .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : إنما لم يجز ذلك من قبل أن الكفالة معروف ولا يملك العبد ذلك . (قالوا) : وكذلك لو كان العبد تاجراً في السوق يشتري ويبيع كانت كفالته باطلاً لا تجوز . (قالوا) : وكذلك لو كفل بمال لم تجز كفالته بنفس ولا مال .

ولو أن العبد كفل بنفس من كفل بنفسه لمن كفل له بنفسه بإذن مولاه له بذلك ، فإن ذلك له لازم ويؤخذ به كما يؤخذ به الحرّ ، وذلك أنه (لا خلاف بين الجميع) أن مولاه لو أذن له في الشراء والبيع والمداينة إن ذلك جائز وأنه يؤخذ لمن بايعه شيئاً بثمن ما باعه ويحكم له على من ابتاع منه شيئاً بثمن ما ابتاع منه (وهم جميعاً مجمعون) على أن سيده لو لم يكن أذن له فيه أنه لم يكن شيء من ذلك جائزاً ، ولا له لازماً (فألزمه الجميع) في حال أذن السيد له في البيع والشراء ما باع واشترى ما لم يلزموه في غير حال أذن السيد له في ذلك ، فكذلك مثله كفالته لمن كفل له بنفس آخر ، أو بمال له على غريم له يلزمه في حال أذن سيده له في الكفالة ما لم يكن له لازماً في غير حال إذنه له إذا اتبعه المكفول له بما كفل له به .

وبذلك كان (شريح القاضي يقول) : (حدثني يعقوب قال : حدثني هشيم قال : أخبرنا بعض أصحابنا عن عياش العامري أنه شهد شريحاً قال) : ضمان العبد باطل إلا أن يكون أذن له مولاه فيه .

وهذا الذي قلنا في ذلك هو (**قياس** قول مالك والأوزاعي والثوري والشافعي ، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه وأبي ثور) .

فإن أذن له مولاه في الكفالة بمال فكفل به فإن الواجب (على **قياس** قول مالك) ان يلزمه ما كفل به من ذلك ويؤخذ به إن كان له مال ، وكان المكفول عنه معدماً لا سبيل له إلى القضاء ، فإن كان المكفول عنه ملياً لم يكن للمكفول له سبيل على العبد المتكفل بذلك ، لأن ذلك (قوله) في الحر تكفل لرجل على غريم له بمال له عليه وحكم العبد إذا أذن له سيده في الكفالة (على مذهبه) حكم الحر الجائز الأمر تكفل بمال لرجل على آخر .

وأما (على **قياس** قول الأوزاعي والثوري) : فإن الواجب إذا أخذ الطالب العبد بالكفالة أن يباع في دينه الذي على غريمه الذي كفل به إن لم يخلصه سيده مما أذن له بالدخول فيه من الكفالة .

وأما (**أبو حنيفة وأصحابه**) : فإنهم (قالوا) : إن أذن له مولاه ، فكفل بمال فإنه يؤخذ به ويباع فيه إن لم يكن عليه دين ، فإن كان عليه دين يحيط به بيع في الدين الذي عليه فإن فضل شيء من ثمنه كان لصاحب الكفالة ، فإن لم يفضل فلا شيء له .

والواجب في ذلك (على **قياس** قول الشافعي) أن تكون الكفالة للعبد لازمة ، وأن طالبه المكفول له بما كفل له به من ما له على غريمه فالواجب (على مذهبه) أن يحكم على السيد بإطلاق العبد والتصرف والاكتساب والاحتيال لدين المكفول له حتى يؤدي إليه ما كفل له عن غريمه ، وذلك أن ذلك (قوله) في الرجل يأذن لمملوكه بالنكاح بصداق محدود المبلغ فينكح امرأة بما حد له من الصداق .

وأما على قول أبي ثور فإنه يجب أن لا يؤخذ العبد بما ضمن عن المضمون عنه للمضمون له حتى يعتق فإذا عتق اتبعه به المضمون له ويكون المضمون عنه (على قوله) بريئاً من مال صاحبه الذي ضمن عنه .

والصواب من القول في ذلك عندنا أن المكفول له إن اتبع العبد بما كفل له به من المال الذي له على غريمه بإذن سيده أن يجبر سيده على تخليته[1] والسعي في دين المكفول له الذي على غريمه المكفول عنه إن كان المكفول عنه معدماً ، وإن كان ملياً قُضي للعبد على المكفول عنه بما كفل عنه إن كان كفل ذلك عنه بأمره ، وقضى ذلك عنه المكفول له ، وذلك لإجماع الجميع على أن عبداً لو تزوج امرأة بغير إذن مولاه ، ودخل بها لم يبع في صداقها الواجب لها عليه فإذ كان ذلك من جميعهم إجماعاً فمثله كل دين لحقه برضى من له الدين في أنه لا يباع فيه ، وإذا كان ذلك كذلك ، وكان الدين الذي لزمه للمكفول له إنما لزمه بإذن سيده له بكفالته له فالواجب على السيد تركه والسعي فيه كما لو أذن له بنكاح امرأة فنكحها

---

(١) ن : والسفر .

كان عليه تركه والسعي في نفقتها ومؤونتها الواجبة لها عليه ، وكذلك حكم أم الولد يأذن لها مولاها في الكفالة عن رجل بمال لرجل عليه فتكفل له عنه وكذلك حكم المدبر والمدبرة .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : إذا كفلت أم الولد بمال بإذن سيدها فهو جائز عليها تسعى فيه ، وإن مات سيدها فهو دين عليها ، وكذلك المدبر والمدبرة .

وإن كفل عبد بإذن سيده بنفس رجل فجائز (في **قياس** قول مالك والأوزاعي والثوري ، وهو **قول** أبي حنيفة وأصحابه **وقياس** قول الشافعي)

وأما (على قول أبي ثور) فباطل لأنه كان لا يجيز الكفالة بالنفس .

(والصواب من القول في ذلك عندنا) أن ذلك جائز ، وإن اعتقه سيده بعدما كفل بنفس من كفل بنفسه فعتقه إياه ماض ولا شيء يلزم السيد بسبب إذنه في الكفالة والعبد متبع بالكفالة .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : إن اعتقه سيده بعدما كفل بإذن سيده بنفس من كفل بنفسه فإنه يؤخذ بالكفالة ولا يضمن سيده شيئاً للعتق الذي أحدث لأن الكفالة بالنفس ليست بمال (قالوا) : ولو كفل بمال بإذن سيده لرجل[1] له دين عليه فاعتقه سيده ضمن سيده الأقل من قيمته ومن الدين فإن شاء الغريم اتبع العبد بذلك ، وإن شاء اتبع السيد فإن اتبع العبد كان للعبد أن يتبع المكفول به إن كان كفل بأمره وإن اتبع الغريم السيد كان للسيد أن يتبع المكفول به إن كان المكفول به طلب إلى السيد أن يأمر عبده وإن لم يطلب إليه ، ولا إلى العبد لم يتبع واحد منهما المكفول به بشيء .

(قالوا): ولو كفل عبد بنفس رجل بغير إذن سيده لم يجز عليه فإن عتق[2] كان

---

(١) ن : لا دين .

(٢) ن : كان كان للطالب .

للطـالب أن يأخـذه بالكفالة ، وكذلك لو كفل بمال لم يجز عليه إذا لم يكن السيد أذن له فإن أُعتق يوما أُخذ بذلك فإن أداه كان له أن يرجع على المكفول به ، إن كان كفل بأمره ، وإن كان كفل بغير أمره لم يكن له أن يرجع عليه .

(قالوا) : وإن كان على العبد دين يحيط بقيمته فـأمره مـولاه أن يكفل بنفس ، أو بمال ، فإن ذلك لا يجوز ولا يلزمه منه شيء ، فإن أدى دينه ألزمناه الكفالة .

والصواب من القول عندنا في العبد يكفل بنفس رجل لرجل ، أو بمال له عليه بغير إذن مولاه أنه لا يلزمه للمكفول لـه بتلك الكفالـة شيء لا في حال العبودة ، ولا بعد العتق لإجماع الجميع على أنه لا يلزمه بها في الحال التي كفل للمكفول له شيء ، فهو من أن يلزمه بها بعد تلك الحال أبعد ويُسأل من أوجب للمكفول له أخذه بما كفل له من النفس والمال بعد عتقه ، فيقال له : أخبرنا عن كفالته بما كفل من ذلك في حال عبودته بغير إذن سيده ألزمه بهـا للمكفول لـه شيء ، فإن قال : نعم ترك قوله في ذلك وخالف مع ذلك ما عليه الحجة مجمعة من أنه لا يلزمه بها شيء ، وإن قال : لا، قيل : فما المعنى الذي ألزمه ذلك بعد العتق ولم يحدث كفالة بعدما عتق يلزمه بها شيء ، والكفالة الأولى التي كانت في حال العبودة كانت باطلاً لا يلزمه عندك بها شيء ، أو رأيت لو كفل صبي بنفس رجل لرجل ، أو بمال له عليه في حال طفولته بغير إذن وليه ، أو مجنون في حال جنونه ، ثم أدرك هذا وأفاق هذا وبرأ ، ثم طالبهما المكفول له بما كفلا لـه به أتاخذهما له به ، فإن قال : نعم خرج من قول جميع أهل الملة ، وإن قال : لا ، قيل له : فما الفرق بينهما وبين العبد وجميعهم لم تكن الكفالة لهم لازمة في الحال التي كفلا ثم يُسأل الفرق بين ذلك من أصل ، أو قياس فلن يقول في شيء من ذلك قولاً إلا أُلزم في الآخر مثله .

وإذا كفل عبد يساوي ألف درهم بإذن مولاه بألف درهم ، فذلك جائز

أيضاً ، ويؤمر السيد بتركه والسعي فيما لزمه[1] بالكفالتين إذا اتبعه بهما المكفول له ، وأما ما كان عليه من دين فإنه لا يتبع به حتى يعتق إذ كان ديناً لزمه من متاجرة ، أو معاملة ، لأن مداينه قد رضي بأمانته بمداينته إياه فحكمه في ذلك حكم رجل معدم وجب عليه دين لغريم له ، فلا يتبع به حتى يوسر .

وكذلك العبد المستدين لا يتبع بالدين حتى يعتق ويوسر لأنه لا مال له في حال عبودته إلا أن يكون ديناً لزمه من جناية فيباع فيه . وأما ما لزمه بالكفالة بإذن سيده له ، فإنه في معنى النفقة التي تلزمه لزوجته الحرة التي تزوجها بإذن سيده .

وقال أبو حنيفة واصحابه : إذا كفل العبد وهو يساوي ألفاً بإذن مولاه بألف درهم ، فهو جائز إذا لم يكن عليه دين ، فإن كفل بألف آخر بإذن مولاه لم تجز الكفالة الثانية . (قالوا) : فإن زادت قيمة العبد حتى بلغت ألفي درهم ، ثم كفل بألف أخر بأمر مولاه فإنها جائزة ، لأنه كفل ، وفي قيمته فضلُ ألف آخر ، فإن باعه القاضي في دينهم بألف فإنه يُقسم بين المكفول له الأول والمكفول له الآخر نصفين ، ولا شيء للمكفول له الأوسط من قبل أنه كفل له وليس في قيمته فضل .

(قالوا) : وكذلك لو باعه القاضي بألف درهم وخمس مائة ، أو ألفين ، فإن باعه القاضي بألفين وخمس مائة استوفى الأول والآخر ، وكانت الخمس مائة الفضل للأوسط ، وكذلك لو باعه القاضي بثلاثة آلف درهم استوفى الأول ألفاً ، والثاني ألفاً ، والثالث ألفاً ، ولو كان القاضي باعه بألف درهم كانت بين الأول والآخر نصفين ، ولا شيء للأوسط .

القول في كفالة متكفل بنفس صبي

وإذا ادعى رجل قبل صبي دعوى وكفل به رجل بغير أمر أبيه إياه بذلك ،

---

(١) أي بالمال والنفس .

وكان المال الذي ادعاه قبله معلوماً محدود المبلغ ، فإن الكفيل بذلك مأخوذ يُحكم به عليه إذا طالبه المكفول له به ، وإن سأل الكفيل إحضار الصبي معه وكانت كفالته بنفسه لم يُحضَر له ، وذلك أنه لو كان بالغاً ، ثم ضمن عنه ضامن بغير أمره مالاً عليه لغيره ، أو كفل له بنفسه لم يلزمه إخراجه مما دخل فيه إذ كان دخوله في ذلك بغير أمره ، فكيف وهو طفل لا يجوز أمره ، ولو أمره بذلك ، وسواء في ذلك كان الصبي طلب إليه ان يضمن ذلك عنه ، أو لم يطلب إليه[1] في أنه لا يلزمه فيه شيء .

وهذا الذي قلنا في ذلك (**قياس** قول مالك والأوزاعي والثوري والشافعي)

وهو قول ابي حنيفة وأصحابه في الصبي : إذا كان غير مراهق .

فإذا كان الصبي مراهقاً ، وكان الكفيل كفل بدين عليه لرجل[2] بطلب الصبي إليه أن يكفل به وهو ممن قد أذن له أبوه في البيع والشراء فإن ذلك (عندهم) جائز ويؤخذ به الكفيل ، ويؤخذ الغلام للكفيل حتى يبرئه من الكفالة . (قالوا) : ولو كان غير تاجر فطلب أبوه الى رجل أن يضمنه فضمنه كان جائزاً ، وأُخذ به الكفيل ، وكان للكفيل أن يأخذ الغلام حتى يدفعه . فإن تغيب الغلام فأخذ الكفيل أباه ، وقال : أنت أمرتني أن أضمنه فخلصني ، فإن الأب يؤخذ حتى يحضر ابنه فيدفعه إليه ويخلّصه من قبل أن أمر الأب على الولد في مثل هذا جائز كأنه طلب إليه أن يكفل بنفسه هو .

(قالوا) : ولو أمره أن يكفل بنفس غلام يتيم هو وصيه كان مثل هذا أيضاً . (قالوا) : ولو أمره أن يكفل بنفس غلام ليس هو وصيه لم يؤخذ الآمر بشيء ، ولم يتبع الآمر من قبل أن الآمر لا يجوز أمره على الغلام .

---

(١) ن : في ذلك في انه .

(٢) ن : يطلب .

والصواب من القول في ذلك عندنا : إن كفالة الكفيل على المراهق المأذون له في التجارة وغير المأذون له فيها بأمره وغير أمره سواء في أنه لا يلزم الصبي الآمر بسبب كفالة الكفيل عنه بما كفل عنه شيء ، وكذلك لو كانت كفالته بما يكفل عنه بأمر والده إياه أن يكفل عنه لم يلزم الصبي ولا أباه بذلك شيء من أجل أن الصبي ما لم يبلغ فيجوز أمره في ماله ونفسه محجور عليه بحجر الله جل وعز بقوله ﴿ وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾[1] فما لم يبلغ اليتيم أو الصبي النكاح ، ويؤنس منه الرشد فمحجور عليه لا أمر له في نفسه وماله ، فإذن كل آذن لمن حجر الله عليه مردود فيما حجر عليه فيه ، وإن أبا الصبي إذا امر رجلاً بالضمان عنه ، ولم يشرط في ضمانه أن ما لزمه بسبب ضمانه عنه ما ضمن بأمره إياه فهو له عليه ، فإنما هو بمنزلة رجل أمر رجلاً أن يكفل عن آخر ديناً لرجل عليه ليس هو منه بسبيل ، وقد بينا فيما مضى قبل ، أن ذلك لا يلزم الآمر إذا أدى عنه بما يغني عن إعادته في هذا الموضع . ولكنه لو أمره أن يضمن عنه مالاً معلوم المبلغ وابنه المضمون عنه صبي صغير على أنه ما لزمه بذلك من ضمانه فهو عليه ، فضمن ذلك عنه على هذا الشرط كان للضامن اتباع أبي الصبي المضمون عنه بما اتبع به بما ضمن عنه بأمر أبيه ، وكذلك لو أمره على هذا الشرط أن يضمن ألف درهم لرجل عن رجل له عليه ذلك فضمنه له سواء في ذلك الغريب من الآمر والقريب فيما يلزمه بضمان الضامن عمن ضمن عنه بأمره إياه به ، ويسقط عنه لا فرق بين شيء من ذلك ويسأل المفرّق بين ذلك البرهان الموجب[2] لفرقه ما بينهما من أصل ، أو قياس فلن يقول في شيء من ذلك قولاً إلا أُلزم في الآخر مثله .

والقول في كفالة الرجل عن معتوه أحدث حدثاً من جناية جناها ، أو مال

---

(١) ﴿ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافاً وَبِدَاراً ﴾ النساء : ٥.

(٢) ن : بفرقه .

أفسده لرجل فلزمه بسبب ذلك ما لزمه من ذلك في ماله ، أو كفالته بنفسه مثل القول في كفالته عن الصبي لم يدرك .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : المعتوه في ذلك بمنزلة الصبي .

وإذا كفل الرجل بنفس صبي على أن يوافي به غداً فإن لم يواف به فعليه ما[1] ذاب عليه ، فإن الكفالة بالنفس جائزة يؤخذ بها الكفيل ، ولا يكون خصماً فيما يدعي قبل الصبي ، وكذلك الصبي لا يكون خصماً فيما يُدعى قبله ، وإنما لم يكن الكفيل خصماً فيما ادعى قبل الصبي ، لأنه لا يكون الخصم عن الصبي غير وليه الذي يلي ماله من والد ، أو جد أو[2] أب ، أو وصي والد ، أو حاكم ، أو سلطان .

وكذلك (قال أبو حنيفة وأصحابه) : (قالوا) : وكذلك الصبي لا يكون خصماً فيما يُدعى قبله حتى يحضر أبوه فيخاصم عنه ، وإن كان يتيماً أحضر وصيه ، فإن لم يكن له وصي جعل له القاضي وكيلاً ، وإذا قضى عليه بمال أُلزم الكفيل ، ولا يرجع به على الصبي لأنه كفل بغير أمر أب ، ولا وصي ولا قاض . (قالوا) : ولو كفل بأمر قاض رجع بذلك على الصبي .

والصواب في ذلك كله عندنا من القول كالذي قالوا ، وهو الواجب (على قياس قول مالك والأوزاعي والثوري والشافعي وأبي ثور) .

ولو أن يتيماً عليه مال لرجل ، وله وليّان وصاهما عليه أبوه أو قاض ، فقضى الحاكم على اليتيم بما ادعى المكفول له قبله بمحضر أحدهما وبخصومة الطالب بما له قبله لزمه الكفيل إن اتبعه المكفول له بما حكم له به عليه .

---

(١) قوله : ذاب : في النسخة هنا ، وفي غير هذا الموضع : ذأب : وإنما صوابه : ذاب عليه : أي لزمه .
(٢) كذا في النسخة .

وقال أبو حنيفة ومحمد : إذا كان لأبيه عليه وصيان[1] قام أحدهما بذلك دون الآخر[2] ولم يرجع الكفيل على الصبي بما أمره بالضمان عنه أحدهما حتى يأمره الوصيان جميعاً .

وقال أبو يوسف : أمر أحد الوصيين جائز على الصبي .

القول في كفالة العبد عن سيده

وإذا كفل عبد بنفس سيده ، أو بمال عليه لغريم له بغير إذن سيده ، فإن ذلك باطل ، والعبد به غير مأخوذ لما بينا قبل في كفالته عن غير سيده لما مضى من العلة الدالة على فساده . والعلة في بطول كفالته عن سيده نظير كفالته عن غير سيده ، فإن كانت كفالته عن سيده بإذن سيده جازت كفالته عليه للعلة التي بينا قبل أن كفالته عن غير سيده جائزة إذا كفل بإذن سيده ، والعلة في جوازها العلة التي بينا فيما مضى في جواز كفالته عن غير سيده بإذن سيده . فإن عتق العبد الضامن عن سيده ما ضمن لغريمه بإذن مولاه يوماً فأدى إليه ما ضمن عنه لم يكن له الرجوع به على سيده المعتق ، لأنه لزمه ما ضمن عنه يوم ضمنه باتباع غريمه إياه ، وتلك حال لا يكون له فيها على سيده دين ، ثم إنه كان عبداً له ، ولا يكون للعبد[3] الدين ليس لمكاتب على سيده دين ، وكذلك القول في حكم أم الولد والمدبر والمدبرة

وكذلك قال أبو حنيفة وأصحابه : في هذه المسائل كلها . (وقالوا) : إن كان على أم الولد ، أو العبد دين يستغرق القيمة ، ثم أمرهما السيد فضمنا عنه دينه لم يلزمهما من الكفالة شيء ما داما رقيقاً ، فإن عتقا لزمهما ذلك ، وإن مات السيد وترك مالاً واعتق العبد عند موته فإن غرماء العبد يستسعونه في قيمته ، ولا

---

(١) لعل صوابه : وقام .

(٢) لعل صوابه : لم يرجع .

(٣) اي الدين على سيده .

شيء لغرماء السيد من قيمة العبد ويتبعون مال السيد ، وإن شاء غرماء العبد اتبعوا مال السيد بقيمة العبد ، وإن شاء المكفول[1] له اتبع مال السيد ، وإن شاء اتبع العبد غير أنه لا يشرك غرماءه في القيمة ، ولكنه يتبعه بدينه .

(قالوا) : فأما أم الولد إذا عتقت فإن صاحب الكفالة يستسعيها مع غرمائها ، وأما المرأة المدبرة فهي في ذلك بمنزلة العبد ، ولا يرجع واحد منهم على السيد بشيء مما أدى من الكفالة عنه .

والصواب من القول عندنا : في أم الولد والعبد إذا ضمنا عن سيدهما ديناً عليه بأمره وعليهما دين يستغرق قيمتهما أن ما ضمنا عنه لازم لهما مع الدين الذي عليهما ، ويكلَّف السيد تخليتهما والسعي فيما لزمهما بالكفالة بإذنه إن كان معدماً لا قضاء عنده واتبعهما الغريم بما على مولاهما ، وإن كان المولى موسرا كُلّف خلاصهما مما ضمنا عنه بأمره ، وأما ما عليهما من الدين فإن كان لزمهما ذلك من مبايعة وتجارة ، فذلك عليهما إذا ثاب لهما مال ، أو إذا عتقا ، وأما ما لزمهما من دين من قبل جناية ، أو غصب فإن العبد تباع رقبته إذا قام عليه من له ذلك فإن باعه مولاه في دينه الذي لزمه من قبل الجناية ، وهو يسعى في الدين الذي لزمه بكفالته عن سيده بأمره[2] بعدم سيده لم يُتبع بما لزمه من ذلك للمكفول له حتى يعتق ، فإذا عتق اتبعه به المكفول له به إلا أن يوسر المولى المكفول عنه قبل ذلك فيؤخذ بتخليصه مما لزمه بكفالته عنه بأمره .

وإذا كفل العبد عن سيده بمال عليه بأمره ، وهو دراهم أو دنانير ، أو بعض ما يجوز السلم فيه ، أو من كفالة ، أو غصب ، فذلك كله جائز ويؤخذ به العبد على ما وصفت فإن أدى العبد ذلك في حال عبودته وهو من كفالة كفل بها السيد عن آخر كان للسيد أن يتبع الذي كفل عنه إن كان كفل عنه بأمره حتى يستوفي

---

(١) ن : به .
(٢) ن : بعد .

ذلك منه ، وليس للعبد أن يتبع[1] بالذي كفل عنه سيده لأن المال الذي أداه العبد عنه إلى المكفول له بكفالة سيده إذا أمره السيد بأدائه إليه إنما هو مال السيد ، فالمطالبة به للسيد على المكفول عنه دون العبد .

وكذلك قال أبو حنيفة وأصحابه) .

ولو ادعى رجل قبل عبد لرجل دعوى ، فكفل مولى العبد بنفسه فهو جائز ، ويؤخذ بها المولى كان العبد تاجراً ، أو محجوراً عليه ، وكذلك إن كفل عنه بمال عليه ، فهو جائز ، ويؤخذ به المولى ؛ فإن أخذ بذلك المولى فأداه إلى غريم عبده لم يكن له الرجوع به على عبده ، وسواء كان أداؤه ذلك في حال ملكه إياه ، أو بعد ما عتق ، أو خرج ملكه إلى غيره بعد أن يكون ضمانه ما ضمن عنه من ذلك في حال ملكه إياه ، وذلك أنه لزمه المال الذي ضمن في حال ضمانه إياه ، وذلك في حال المضمون عنه[2] له عبد فلا يكون للسيد على عبده دين .

وكذلك قال أبو حنيفة وأصحابه في كل هذه المسائل .

وسواء **عندنا وعندهم** العبد والمدبر والمدبرة وأم الولد كان على العبد دين أو لم يكن عليه دين .

ولو أن العبد كان أحال على مولاه بالدين الذي عليه غريمه ، فقبل الغريم الحوالة لم يكن له أن يرجع[3] بما أحاله به على مولاه بالدين الذي أحاله به على مولاه ولو مات المولى معدماً ، ولم يخلف مالاً غير العبد المحيل للعلة التي بينا في **أول الكتاب من أن الحوالة** انتقال فلا يرجع المحال على المحيل بعد تحوّله عنه إلى غيره ، ولكن العبد إن كان في ملك السيد المحال عليه يوم حدث به حدث الموت ، فإنه يباع في دينه الذي لزمه من قبل الحوالة .

---

(١) ن : الذي .

(٢) اي عبد له .

(٣) أي بإحالته به .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : له أن يرجع على العبد إذا مات المولى معدماً لا شيء له غير العبد المحيل .

وإذا كفل رجل عن عبده بمال عليه ، فابرأ الطالب المولى بعد اتباعه بالمال الذي له على مملوكه برىء المملوك والمولى ، ولم يكن له على المملوك بعد ذلك سبيل ، وذلك لما بينا قبل في أن اتباع رب المال من اتبعه بماله من صاحب الأصل[1] والكفيل براءة[2] الآخر ، فكذلك ذلك في السيد يكفل عن عبده بمال فيتبعه به المكفول به له ، فإن اتباعه إياه بذلك براءة للعبد ، فإن ابرأه السيد بعد براءة العبد ، وتحوُّل المال على السيد كانت براءة للفريقين جميعاً .

وقال أبو حنيفة وأصحابه إذا ابرأ المكفول له[3] المولى كان له أخذ[4] العبد ، وإن أبرأ العبد من المال ولم يبرىء المولى فهما جميعاً بريئان من المال .

وإن كفل المولى بنفس عبده وضمن ما ذاب عليه وغاب العبد وهو تاجر ، فإن للطالب أخذ المولى بالكفالة بالنفس ، فأما ضمانه ما ذاب عليه فباطل لا يلزمه به (عندنا) شيء لما قد بينا قبل من أن ضمان المجهول من المال باطل .

وقال أبو حنيفة وأصحابه يؤخذ المولى بنفس عبده الذي كفل به كذلك ، ولا يكون خصماً فيما على العبد فيخاصم فإن قُضي عليه بمال لزم المولى فإن لم يكن على العبد دين ، أو كان عليه دين فهو سواء .

القول في الكفالة عن المكاتب وكفالة المكاتب

وإذا كفل رجل عن مكاتب بما عليه لمولاه من مال مكاتبته فإن ذلك كفالة

---

(١) ن : والكفالة .
(٢) لعل صوابه : للآخر .
(٣) ن : الموالي .
(٤) ن : العبد من المال .

باطلة لا يلزم الكفيل به شيء ، وكذلك لو كان المكاتب المتكفل بمكاتبة مكاتب لمولاه آخر لم يجز ذلك تكفل له بذلك عليه بأمر مولاه إياه به ، أو بغير أمره من أجل أن ذلك نقص يدخل عليه به فيما في يده من المال ، ومضرة عليه ، وليس له فعل ما فيه نقص ، أو مضرة فيما في يده من المال كما ليس له عتق مملوك في يده اشتراه في كتابته ، وإنّ عتقه إياه مردود إن اعتقه لما قد بينا في كتابنا المسمى **لطيف القول في أحكام شرائع الدين** وأما (إبطالنا) كفالة المتكفل بما عليه لسيده من الكتابة فلأنّ الذي عليه له من ذلك غير دين لازم ، ولا حق واجب له عليه ، وإنما هو مال مشروط للمكاتب بأدائه إلى مولاه[1] عتقه فلا معنى لكفالة الكفيل عنه بذلك ، لأن الكفالة هي حمالة متحمل عن غريم رجل بما عليه له ولا دين للسيد على مملوكه .

وهذا الذي قلنا في ذلك (**قياس** قول مالك والأوزاعي والثوري ، وهو **قول** أبي حنيفة وأبي يوسف ، ومحمد ، **وقياس** قول الشافعي) .

وكذلك القول : لو كان لسيده عليه دين سوى مال مكاتبته من مبايعة بايعه في حال ما هو مكاتب .

واختلفوا في حكم كفالة جماعة من المكاتبين كوتبوا كتابة واحدة فكفل بعضهم عن بعض ما لسيدهم عليهم من مال الكتابة

[2]**فقال مالك** :[3] الأمر المجتمع عليه عندنا أن العبيد إذا[4] كاتبوا جميعا

(١) ن : اعتقه .

(٢) م : كتاب المكاتب .

(٣) الحمالة في الكتابة : قال مالك : الأمر الخ .

(٤) كوتبوا .

كتابة واحدة فإن بعضهم[1] كفلاء عن بعض[2] فإن عجز بعضهم عن السعي وسعى بعضهم حتى يؤدي جميع ما عليهم من الكتابة فعتقوا فإن الذين سعوا يرجعون على الذين[3] لم يسعوا بحصة ما أدوا عنهم من الكتابة لأن بعضهم حملاء عن بعض (حدثني بذلك يونس عن ابن وهب عنه) .

وكذلك (**قال الأوزاعي**) (حدثني بذلك العباس عن أبيه عنه) .

وهو (**قول الثوري**) (حدثني بذلك علي عن زيد عنه) .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : إذا كفل مكاتب بمال لمولاه على مكاتب له آخر لم يجز ذلك ، وكذلك لو كفل بمكاتبته ، (قالوا) : وكذلك لو كانا مكاتبين كل واحد منهما[4] كتابه على حدة ، ثم كفل كل واحد منهما على صاحبه لمولاه ، فإن ذلك لا يجوز ، (قالوا) : ولو كاتبهما مكاتبة واحدة وجعل نجومهما واحدة إن أديا عتقا ، وإن عجزا ردا رقيقاً كان ذلك جائزاً ، وكان للمولى أن يأخذ كل واحد منهما بجميع مكاتبته .

قالوا : ولو أدان المولى بعضُهم ديناً بعد المكاتبة ، وكفل له الآخر لم يجز ، وليس هذا كالمكاتبة لأن المكاتبة لا تعتق واحداً منهما إلا بأدائها كلها . (قالوا) : وإذا كان للمكاتب مال على رجل فأمره فضمنه لمولاه من المكاتبة ، أو من دين له سوى ذلك فهو جائز لأن هذا كفل بشيء عليه (الجوزجاني عن محمد) .

[5]**وقال الشافعي** :[6] إذا كان للرجل ثلاثة أعبد فكاتبهم على مائة منجمة

---

(١) م : حملاء .

(٢) سعي المكاتب : قال مالك : إذا كاتب القوم جميعاً كتابة واحدة لا رحم بينهم فعجز بعضهم وسعى بعضهم حتى عتقوا جميعاً ، فإن الذين : إلا أن في طبع تونس ، وشرح الزرقاني : وإذا كاتب القوم كتابة الخ : وإن في بعض نسخ الهند : وسعى بعض حتى الخ .

(٣) م : عجزوا بحصة ما أدوا عنهم لأن بعضهم الخ .

(٤) يحتمل أن يكون صوابه : كتابته .

(٥) أم : المكاتب : كتابة العبد كتابة واحدة صحيحة .

(٦) ام : قال الشافعي : فإن كان لرجل ثلاثة الخ .

في سنين على أنهم إذا أدوا عتقوا فالكتابة جائزة والمائة مقسومة على قيمة الثلاثة(١)، وإن(٢) أدى أحدهم عن أصحابه متطوعاً فعتقوا معاً لم يكن له أن يرجع عليهم بما أدى عنهم ، وإن أدى عنهم بإذنهم رجع عليهم بما أدى عنهم ، وأيهم أدى حصته من الكتابة عتق ، وأيهم عجز رد رقيقاً ، ولم تنتقض كتابة الباقين (حدثنا بذلك عنه الربيع) .

وعلة من قال بقول مالك في ذلك : إن الكتابة إذا وقع عقدها من المولى وجماعة أعبد له على شرط فإنما يعتق المماليك الذين كاتبهم على الشرط الذي شرط لهم إذ كانت الكتابة عتقاً على شرط .

وعلة من قال بقول الشافعي : إن الكتابة بيع المكاتب من نفسه على عوض فإذا كاتب الرجل جماعة أعبد له كتابة واحدة فإنما يلزم كل واحد منهم من مال الكتابة بقدر قيمة رقبته ، كما لو خالع رجل جماعة نسوة له على مال معلوم لزم كل واحدة منهن من ذلك على قدر مهر مثلها ، فكذلك كتابته جماعة أعبد له كتابة واحدة على مال معلوم ، وأيهم أدى مقدار ما لزمه من ذلك عتق كما إذا أدت بعض المخالعات منه قدر ما لزمها من المال الذي وقع عليه الخلع برئت .

والصواب من القول في ذلك عندنا : إن الرجل إذا كاتب جماعة أعبد له كتابة واحدة على مال محدود المبلغ يؤدونه إليه في أنجم معدودة على أنهم لا يعتقون إلا بأداء جميع ذلك فإنه لا يعتق أحد منهم إلا بأدائهم جميع الكتابة ، وأيهم أدى جميع ذلك عتقوا جميعاً ، وإن أدوا جميع ما كاتبوا عليه غير درهم واحد لم يعتق واحد منهم ، إلا بأدائهم جميع الكتابة لأن الكتابة عتق على شرط فلن يعتق على

---

(١) ام : الثلاثة وإن كان أحدهم قيمته مائة دينار ، والآخر ان قيمتهما خمسين ، فنصف المائة عن الكتابة على العبد الذي قيمته مائة ، ونصفها الباقي على العبدين اللذين قيمتهما خمسون على كل واحد منهما خمسة وعشرون فأيهما أدى حصته الخ .

(٢) حمالة العبيد : فأيهم أدى متطوعاً عن أصحابه لم يرجع عليهم وأيهم أدى بإذنهم رجع عليهم .

أحد مملوكه إلا بالمعنى الذي أعتقه به ، ولم يعتق سيد الا عبد الذين كاتبهم كتابة واحدة إلا بأدائهم إليه جميع مال الكتابة ، فلذلك لم يجز أن يعتق بعضهم بأداء قيمته وقيم جماعة أخرين معه ما بقي عليهم من مال الكتابة شيء قل ذلك ، أو كثر ، فإن أدى بعضهم عن نفسه وعن أصحابه جميع الكتابة بأمرهم إياه بذلك رجع على من أدى عنهم ذلك بأمره بقدر ما لزمه له ، وليس هذا من الكفالة في شيء ، لأنه لم يتحمل أحد منهم عن أصحابه شيئاً أدى بعضهم عنهم ، أو لم يؤد أحد منهم عن أحد منهم ، لأن الكفالة إنما هي كفالة رجل لرجل بما له على غريم له يأخذه به إذا شاء كره أخذه به الكفيل ، أو رضي ، وليس للسيد أخْذ عبده بمال كتابته كرهاً لأن للعبد المكاتب أن يعجّز نفسه كل ما بدا له فيبطل بتعجيزه نفسه أن تكون لسيده قبله مطالبة يؤخذ بها المتكفل عنه .

ولو كفل عن مكاتب مولاه ديناً له عليه من مبايعة بايعه إياها رجل ، أو عن ابن المكاتب ، أو عن أبيه في ملك السيد ، أو عن مملوك له كان ذا رحم من المكاتب ، أو غير ذي رحم منه ، أو عن أم ولد له ، فذلك باطل غير لازم الكفيل به شيء .

ولكن لو كفل بذلك عنهم المكاتب ، فإن (**أبا حنيفة وأصحابه قالوا**) : ذلك على وجهين : إن كان كفل له عن عبد من عبيده ، فهو جائز لازم ، وإن كان كفل به عن ابنه المولود في مكاتبته لم يجر ، وكذلك ابنه إذا اشتراه ، أو أبوه ، أو أمه من قبل إنه ليس له أن يبيعهم ، وإنهم يعتقون بعتقه ، والإبن مكاتب مثله ، وكذلك الأب[1] وليس العبد هكذا نه أن يتبع العبد .

والقول في كفالة المكاتب عن عبده وابنه المولود في[2] كتابة من سرية تسراها[3] وأبيه وأمه سواء في إن ذلك كله جائز ماض عليه إذا كان فيه صلاح لما في

---

(١) اي ليس عبد المكاتب هكذا ، وللمكاتب ان يتبع عبده .

(٢) ن : كتابه : ولعل صوابه : كتابته .

(٣) ن : وابنه .

يده من المال وزيادة ، لأن له بيع جميع هؤلاء (عندنا) للعلل التي بينا في كتابنا المسمى (**كتاب لطيف القول في**[1] **أحكام شرائع الإسلام**) بما اغنيَ عن إعادته في هذا الموضع .

وكذلك إن كفل عن أم ولده مالاً لسيده عليها من شيء أفسدته له ، **فهو** جائز ، ولو ضمن ذلك عنها وعنهم رجل حر بأمر المكاتب ، أو غير أمره لم يجز ، ولم يلزمه به شيء ، وذلك لما ذكرنا من أن كفالة متكفل لرجل على مملوكه بمال أتلفة له غير لازمته ، لأنه لا يكون للرجل على مملوكه دين في قول أحد من اهل العلم .

وكالذي قلنا في هذه المسائل (**قال أبو حنيفة ، وأصحابه**) . (وقالوا أيضاً) : إن مات مولى المكاتب فكفل رجل بما عليه من المكاتبة للورثة فهو باطل لا يجوز ، وكذلك لو كفل بدين لهم عليه ، أو بنفسه لأن الورثة في هذا بمنزلة الميت .

(والذي قالوا في ذلك عندنا كما قالوا) : لأنه لا خلاف بين الحجة أن المكاتب إن عجز بعد وفاة سيده عن أداء تمام الكتابة لورثته[2] رده في الرق ، وذلك دليل على أنه في حكم المملوك ، وإن كان على مكاتبته .

ولو كان لرجل على مكاتب دين فأمره الذي له الدين أن يضمن ما له عليه من ذلك لرجل بعينه ففعل كان ضمانه ذلك جائزاً ، وكان مأخوذاً بأداء ما ضمن من ذلك إلى من ضمنه له ، وليس هذا نظير كفالته عن رجل مالاً عليه لآخر ليس عليه أصله ، لأن كفالته لرجل عن غريم له عليه مال معروف منه وتعريض لما كفل عنه للبيع ، وليس له تضييع ماله ، وأما ضمانه مالاً عليه أصله فأدى[3] عنه

---

(١) ن : في شرائع الإسلام .
(٢) اي رده الورثة .
(٣) أي عن رب المال .

ما عليه إلى من أمره رب المال بدفعه إليه ، وذلك أمر هو له لازم في الحكم (وكذلك قال أبو حنيفة وأصحابه) . (**وقالوا**) : لو كان للمكاتب على مولاه دين ولم تحل مكاتبته فأخذ من مولاه كفيلاً بذلك فإنه جائز . (قالوا) : وكذلك إن كفل بنفسه من قِبَل أن المولى لا يملك مال المكاتب ، ومن قِبَل أن المكاتب إذا عتق كان ماله له ، ولا تشبه الكفالة عن المولى للمكاتب الكفالة عن المكاتب للمولى .

قالوا : وكل دين للمكاتب على مولاه من دراهم ، أو دنانير ، أو شيء مما يكال أو يوزن من غصب ، أو قرض ، أو من بيع[1] إن كان على المكاتب دين ، أو لم يكن عليه كفل به عن[2] المولى رجل فهو جائز .

قالوا وكذلك لو كفل له بنفسه وضمن ما ذاب عليه فإنه جائز ، ولا يكون الكفيل خصماً في ذلك ، وكذلك لو جعله كفيلاً بنفسه[3] وكيلا في خصومته كان ذلك جائزاً ، فإن جعله ضامناً لما ذاب عليه جاز ذلك وضمن ما قُضي به عليه .

والصواب من القول عندنا : في المكاتب يكون له على مولاه دين فيأخذ به منه كفيلاً إن الكفالة بذلك جائزة ، والكفيل بها مأخوذ إن اتبعه المكاتب بها ، وإنما خالف حكم المكاتب في ذلك حكمَ السيد ، فجازت كفالة الكفيل للمكاتب بما له على سيده ، ولم تجز كفالته للسيد بما له على المكاتب من أجل أن للمكاتب تعجيز نفسه كل ما بدا له فيبطل بتعجيزه عن الكتابة عنه ديون سيده كلها من الكتابة وغيرها ، وأن السيد غير قادر على تعجيزه ما كان مقيماً على أداء الكتابة[4] والذي له على السيد من الدين مما يتسبب به إلى التحرير بأدائه إليه في نجومه فليس

---

(١) ن : أو كان .

(٢) ن : مولى .

(٣) لعل صوابه : أو وكيلا .

(٤) لعل صوابه : عن الكتابة والذي الخ .

له منعه إياه وحكمه فيما يلزمه من أدائه إليه ما كان مقيماً على الكتابة حكم أجنبي داينه غير مولاه فكما كان كفيل غير مولاه مأخوذاً بما لزمه له ، فمثله كفيل مولاه مأخوذ به إذا اتبعه به .

وكذلك القول في عبد لمكاتب مأذون له في التجارة لو داين[1] مولى المكاتب فأخذ بدينه كفيلاً من مولى مولاه كان مقضي[2] له على الكفيل بما كفل له عنه إذا اتبعه به العبد ، لأن عبد المكاتب وما له مال من مال المكاتب لا سبيل لمولاه عليه إلا ما لغيره عليه من سائر الناس ما كان مقيماً على أداء الكتابة (**وكذلك قال أبو حنيفة وأصحابه**) :

القول في العبد يكون بين اثنين فيداينه احدهما ويأخذ منه كفيلاً او يداين العبد أحدهما ، ويأخذ منه كفيلا

وإذا كان عبد بين اثنين مأذون له في التجارة فأدانه أحد المولين ديناً ، واخذ منه به أو بنفسه كفيلاً فذلك جائز (**في قياس** قول مالك والأوزاعي والثوري والشافعي وهو **قول أبي** حنيفة وأصحابه) ، غير أنه لا يلزم الكفيل إلا نصف ذلك المال الذي كفل به له عنه ، وذلك أن نصف دينه الذي على العبد الذي وصفنا أمره يبطل عن العبد من أجل أن ذلك حصته من العبد ، فما كان من حصة ملكه منه فساقط عنه ، وذلك النصف وما كان من حصة ملك شريكه منه فثابت عليه ، وذلك النصف وما كان ثابتاً عليه منه فالكفالة به جائزة ، والكفيل به مأخوذ (وكذلك قال أبو حنيفة وأصحابه) .

ولو كان العبد هو الذي أدان أحد موليه فأخذ منه كفيلاً بالمال[3] والنفس

---

(١) ن : هو لا .

(٢) ن : له له على .

(٣) لعل صوابه : أو النفس .

فهو جائز ، والكفيل به مأخوذ إن اتبعه به العبد غير أنه يبطل من ذلك حصة المولى منه وهو النصف .

ولو أن المولين أداناه جميعاً ديناً في صفقة واحدة وأخذا منه كفيلاً بالمال ، أو بنفسه ، فذلك جائز على ما وصفت (في **قياس** قول الجميع) غير أنه يبطل نصف دين كل واحد منهما عن الكفيل .

وإذا كان العبد بين اثنين وهو تاجر فأدان أحدهما ديناً وأخذ منه كفيلاً بنفسه ، أو بالدين ، وعلى العبد دين فإن الكفيل مأخوذ إن اتبعه العبد بجميع ما على السيد من دينه ، لأن الغرماء أحق بما عليه من أموالهم التي ثبتت عليه بالبينة العادلة من سيده ، ولا يبطل عن الكفيل من ذلك شيء ، ولا عن السيد ، وكذلك لو كان لهذا العبد دين على غير موليه ، فكفل له عن غريمه أحد موليه بما عليه ، فكفالته له بذلك جائزة ، ويؤخذ له بذلك كله سيده ان اتبعه العبد إن كان عليه دين ، وإن لم يكن عليه دين أُخذ له بنصفه وسقط النصف الآخر عنه لما قد وصفت من العلة قبل .

(وكالذي قلنا في ذلك قال أبو حنيفة وأصحابه) .

القول في كفالة أهل الذمة

والقول في الكفالة بين أهل الذمة فيما يجوز ويصح وفيما يفسد ويبطل بين أهل الذمة والمسلمين[1] مثل القول في كفالة المسلمين بينهم ما جاز منها بين أهل الإسلام فجائز بينهم وبينهم وبين أهل الإسلام ، وما رد منها بين أهل الإسلام فمردود بينهم وبينهم وبين أهل الإسلام ، وهذا الذي قلنا (**قياس** الشافعي وأبي ثور) .

---

(١) ن : من

وأما (على **قياس** قول مالك وهو **قول** أبي يوسف ومحمد) فلو أن ذمياً كانت له على ذمي خمر من قرض أو سلم ، أو بيع فيكفل بها عن الذي ذلك عليه متكفل ، فإن ذلك جائز ، ويوخذ الكفيل بها للمكفول[1] له إذا كان ذمياً أو من غير أهل الإسلام ، لأن (من قول مالك) أن يُقضى بالخمر لبعض أهل الذمة على بعض إذا استهلكها عليه ، أو غصبها إياه .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : إذا تكفل ذمي بخمر لذمي عن ذمي فجائز ، فإن أسلم الكفيل بريء من ذلك ، وكذلك إن أسلم المكفول عنه فهو بريء والكفيل معه ، (قالوا) : وأيها أسلم بطل هذا الذي عليه غير أنه إذا أسلم الكفيل ولم يسلم الطالب ولا المكفول عنه ، فإن الطالب يرجع على المكفول عنه بالخمر (قالوا) : والقرض والغصب في جميع ذلك واحد (وذلك قول أبي حنيفة الذي رواه عنه أبو يوسف وهو قول أبي يوسف) (**وقال محمد**) : إن أسلم الكفيل أو المطلوب وجبت عليه قيمة الخمر (وهو **قياس** ما روى زفر عن أبي حنيفة) .

وإن كان باع متاعاً بأرطال خمر معلومة وإلى أجل معلوم فأسلم الطالب فله أن يأخذ متاعه ، وإن لم يقدر عليه أخذ قيمته من المكفول به ، ولا شيء على الكفيل ، وكذلك لو أسلم المكفول به ولم يسلم الطالب فإن الكفيل بريء من الخمر ، ويأخذ الطالب المكفول به بالبيع إن قدر عليه ، وإن لم يقدر عليه أخذه بقيمته .

ولو أن امرأة نصرانية تزوجت نصرانياً على خمر ، أو خنازير مسماة[2] ، أو ليس شيء من ذلك بعينه وكفل لها بذلك نصراني ، فجائز (في قول الجميع) فإن

---

(١) ن : للمكفول إذا .

(٢) ن : وليس .

أسلم الكفيل فهو بريء من ذلك والذي سمى لها الزوج منه على زوجها على حاله ، وإن لم يسلم الكفيل ولكن الزوج المطلوب أسلم ، فإن عليه (عندنا) لزوجته مهر مثلها ، ولا يكون للمراة سبيل على الكفيل لأن الذي كان عليه قد بطل عن المكفول عنه ، وهو الزوج وتحوّل عن الحال التي ضمنه عليها الضامن .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : إن أسلم الكفيل فهو بريء من ذلك ، ولها على زوجها الذي سمى لها على حاله . (**وقالوا**) : وإن لم يسلم الكفيل ولكن الزوج المطلوب أسلم ، فإن عليه قيمة الخمر ، وعليه في الخنازير مهر مثلها ، ولا يضمن الكفيل شيئاً من ذلك لأنه قد تحوّل عن حاله (في **قياس** قول أبي حنيفة) .

القول في كفالة المرتد

وإذا كفل المرتد عن الإسلام بنفس رجل ، أو بمال عليه ، ثم قتل على ردته فإنه لا يعطي من ماله المكفول له[٢] شيئاً بسبب ما كان كفل له إن لم يكن اتبعه به في حياته ، فإن كان اتبعه في حياته دون المكفول عنه حتى قتل ولم يقضه ما لزمه له بكفالته له فإن ذلك له مقضي من ماله بعد أن يقتل وذلك أن ذلك حق كان قد لزم ماله في حياته ودين لحقه بمنزلة نفقة عياله وولده التي كانت تلزم ماله في حياته فهو مؤدي من ماله بعد قتله . وأما الكفالة بالنفس فإنها تبطل إذا قتل .

وقال ابو حنيفة : لا تجوز كفالته بالمال ولا بالنفس ، (وقال أبو يوسف) : كفالته بالمال جائزة ، فإن قتل على ردته كانت من ثلثه بمنزلة المريض في الحكم .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : لو أسلم قبل أن يقتل كانت كفالته كلها جائزة .

(والقول في ذلك **عندنا** كما قالوا) ، وسواء كفالته عن مسلم ، وعن

---

(١) الذي كان في النسخة : شيا : ثم ابدل : شي .

مرتد ، وعن ذمي (في قولنا وقولهم) ، وكذلك سواء (عندنا) كفالة المرتد والمرتدة عاشت فراجعت الإسلام ، أو قتلت على الردة .

وهذا (**قياس** قول مالك والشافعي) في أن حكم المرتد والمرتدة سواء في الذي يلزمهما بكفالتهما إن كفلا ، وذلك أن المراة تقتل (عندنا) بالردة كما يقتل الرجل .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : أما المراة المرتدة فإن كفالتها بالمال جائزة ، وإن ماتت على الردة من قبل أنها لا تقتل . (**قالوا**) : وإن لحقت بدار الحرب فسبيت فإن كفالتها بالنفس باطل بمنزلة أمة كفلت بنفس . (قالوا) : وأما كفالتها بالمال ، فهو دين في مالها الذي خلفت ، وإن عتقت يوماً لم تؤخذ بالكفالة بالنفس ولا بالمال أبطل السباء كل كفالة ، وكل حق لأنها صارت فيئاً ، ولكن الكفالة بالمال تؤخذ من مالها حيث لحقت بدار الحرب .

والصواب من القول عندنا : في المراة المتكفلة بنفس رجل ، أو بمال محدود المبلغ تلحق بدار الحرب مرتدة ، أو تقيم بدار الإسلام حتى تقتل على الردة سواء في أن الكفالة لها بالنفس والمال لازمة ، إن اتبعها بذلك المكفول له في[1] حياتها تؤخذ بذلك كله في حياتها ويبطل عنها كفالة النفس بعد وفاتها ، ويؤخذ من مالها ما كان لزمها بالكفالة به في حياتها ، إن قتلت ، أو هلكت على الردة ، ولا يجوز لأحد استئماؤ ها ولا يغير حكمها لحوقها بدار الحرب مرتدة . وقد بينا القول في ذلك بعلله في كتابنا المسمى[2] (**لطيف القول في احكام شرائع الدين**) بما أغني عن إعادته في هذا الموضع .

ولو أن مرتداً كفل بمال ، أو بنفس ، ثم لحق[3] بالدار على ردته فإن

---

(١) ن : حياته .

(٢) ن : المسمى القول .

(٣) أي دار الحرب .

المكفول له إن اتبع بذلك المرتد دون المكفول عليه ، وكان قد خلف في دار الإسلام داراً ، أو عقاراً أو غير ذلك من سائر صفوف الأموال ، وثبّت المكفول له الدين الذي له على المكفول عنه ، وإن المرتد كفل بذلك عنه كان الواجب على الحاكم أن يقضي بذلك في ماله ؛ وإن لم يكن خلف في دار الإسلام مالاً ولا شيئاً يقضي ذلك منه أُخذ به كله إن انصرف يوماً إلى دار الإسلام ، أو قُدر عليه يوماً ولم يبطل لحاقه بدار الحرب شيئاً من ذلك لأن لحاقه بدار الحرب لا يغير حكمه ، ولا يوجب له حكماً لم يكن له وهو مقيم في دار الاسلام .

وقال أبو حنيفة : إذا لحق المتكفل بالنفس ، أو المال بدار الحرب مرتداً بطل ذلك كله ، وأما (أبو يوسف) فإنه (قال) : يؤخذ المال من ماله وهو على كفالته بالنفس ، فإن قتل بطلت الكفالة بالنفس (في قولهما جميعاً) ، وإن رجع مسلما لزمه كفالة النفس (في قول أبي حنيفة وأصحابه) وتعود عليه الكفالة بالمال حتى يؤدي (في قول أبي حنيفة) .

ولو أن مسلماً كفل بنفس مرتد في دين عليه ، فلحق المرتد بدار الحرب على ردته ، أو كان المرتد مسلماً ، ثم ارتد بعد الكفالة فلحق بدار الحرب كان المتكفل[1] على كفالته يؤخذ به حتى يُحضره إن كان له إلى ذلك سبيل ، وإن لم يكن له إليه سبيل فيؤخذ به حينئذ ، وقد بينا العلة في ذلك فيما مضى قبل . .

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : إذا لحق المكفول[2] عنه بدار الحرب مرتداً أُخذ به كفيله حتى يخرجه من قبل أنه حي لم يمت فصار بمنزلة رجل غائب غير أن الكفيل يؤجل بقدر المسافة ذاهباً وجائياً ، والمقام عنده يُجعل لذلك أجل ، فإن أحضره لذلك الأجل وإلا أُخذ به .

---

(١) ن : له على .

(٢) ن : المكفول بدار .

(وقال محمد) : إذا قدر الكفيل على أن يأتي بالمكفول عنه على وجه من الوجوه أخذ به حتى يأتي به ، وإن لم يقدر على ذلك تُرك ولم يحبس حتى يقدر على ذلك بمنزلة رجل كفل بمال فأعسر ، فلم يقدر على آدائه أنه يُخلى سبيله حتى يقدر على ذلك .

(قال) : وكذلك الذمي والذمية يكفل عنهما بمال ، أو نفس ، ثم نقضا العهد ورجعا عن الذمة ولحقا[1] بالدار فإن الكفيل يؤخذ بالمال والنفس ، ويؤخذ بالكفالة ولا يرجع إذا أدى على واحد منهما في ذلك[2] بشيء إن[3] اعتقا يوماً من الدهر .

والصواب من القول في الذمي والذمية عندنا : تكفل عنهما متكفل بأنفسهما ، أو بمال عليهما لغريم لهما بأمرهما ، ثم لحقا بدار الحرب ناقضين عهدهما مثل القول في كفيل المرتد والمرتدة يكفل بأنفسهما أو بما عليهما لغريمهما يلحقان بدار الحرب مرتدين ، وقد بينا القول في ذلك قبل .

القول في حكم كفالة الحربي المستأمن

وإذا دخل الحربي دار الإسلام بأمان تاجراً فكفل فيها بمال ، أو نفس ، أو كفل له فيها مسلم ، أو ذمي بمال ، أو بنفس ، فذلك كله جائز (في قولنا ، وفي قول الجميع **من أهل الحجاز والعراق**) .

فإن لحق الحربي بدار الحرب ، وقد كفل بالمال ، أو النفس ، ثم خرج إلى دار الإسلام كان مأخوذاً بذلك كله (وكذلك قال أبو حنيفة وأصحابه) .

وإن سبي بعدما رجع إلى دار الحرب ، أو أُسر لم يُتبع بشيء من ذلك ما دام

---

(١) اي دار الحرب .

(٢) ن شيء .

(٣) اي لما شي .

رقيقاً لأنه لا مال له في حال العبودة يجوز حكمه فيه ، وأنه ليس للحاكم في الكفالة بالنفس حبسه بها إذا كان في حبسه على مولاه مضرة بسبب حق لزمه في حال ما كان حراً ، ولكنه إن عتق يوماً من الدهر كان للمكفول له اتباعه بالكفالة التي كان كفل له بها قبل الأسر والسباء بنفس كان ذلك ، أو بمال .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : إن سبي أو أُسِر بطلت كفالته فيما له وفيما عليه في النفس ، وفي المال .

القول في حكم الرجل يأمر رجلا بضمان مال لآخر ثم يختلف في ذلك الآمر والمضمون له .

وإذا أحال رجل رجلاً على رجل بألف درهم للآمر فأدى ذلك المحال عليه الى المحتال ، ثم اختلف المحيل الآمر والمحتال فقال الآمر : ما قبضت من غريمي بإحالتي إياك به عليه ، فهو لي ، وإنما كنت وكيلي في قبضه منه ، وقال المحتال بذلك : بل هو لي ، وإنما كان ديناً لي عليك ، فإن القول في ذلك قول الآمر مع يمينه ، وعلى المحتال إقامة البينة إن له على الآمر ما يدعي قبله ، وذلك أن أصل المال كان للآمر وليس أمره الذي ذلك عليه بدفعه إلى المحتال إقراراً منه بأن ذلك له عليه ، ولا قوله له قد احتلتك على فلان هذا بألف درهم ، وكذلك لو قال لغريمه ، أو لغيره : إضمن له الألف الذي لي عليك ، أو اكفل له به ففعل ، فأدى ذلك إليه ، فإن القول في ذلك قول الآمر مع يمينه إذا اختلف فيه هو ، والمضمون له . وسواء كان الضامن خليطاً للآمر ، أو غير خليط في أن القول قوله مع يمينه إذا اختلف هو والمضمون له والمضمون في قبض ما قبض من الضامن في ذلك كله وكيل للآمر وكالذي قلنا في هذه المسائل (قال أبو حنيفة وأصحابه) . .

القول في حكم المدعي قبل رجل حقاً إذا سأل القاضي امر المدعي عليه بإعطائه كفيلاً إلى حين إحضاره البينة

وإذا ادعى رجل قبل رجل مالاً فقدمه إلى القاضي فادعى عليه وأنكر ما ادعى من ذلك عليه المدعى عليه فسأل المدعي القاضي أن يأمره بإعطائه كفيلاً بنفسه ، فإن الذي ينبغي للقاضي (عندنا) أن يأمر المدعي بإحضار بينته بما يدعي إن كانت له ، وكانت حاضرة وأن يقول له : إن كانت لك بينة حاضرة فالزمه ، أو وَكِّلْ به من يلزمه لك إلى وقت إحضارك البينة ، فأما الكفيل فإنه ليس للحاكم إلزامه المدعى عليه أحب ، أو كره ، وإنما كان للحاكم أن يأذن له في ملازمته إذ كان مخوفاً هربه وتغيبه منه فاحتطنا للمدعي ذلك ؛ فإن أحضر بما ادعى بينة ، وكانوا عدولاً قد عرفهم القاضي بذلك فشهدوا له بحقه عليه قضى له بما ثبت له عليه ، وإن حضر قيامه من مجلسه قبل أن يحضره البينة على ما ادعى قبله سأله عن السبب الذي من أجله لم يحضر بينته ، فإن قال : كانوا غيباً ، أو لم يكونوا حضوراً ، قال له : إن أردت يمينه استحلفته لك ، فإن أراد ذلك استحلفه له ، وإن قال : لا أريده فرق بينه وبين خصمه (ولم نجعل) له عليه سبيلاً حتى يحضر بينته .

وقال أبو حنيفة : إذا تقدم الرجلان إلى القاضي وأحدهما يدعي قبل صاحبه ما لا ينكر فسأل القاضي أن يأخذ له منه كفيلاً بنفسه ، فإن القاضي ينبغي له أن يسأل الطالب هل له بينة على حقه ، فإن قال نعم ، سأله أحضورٌ هم ، أم غيَّب ؟ فإن قال : هم حضور ، أمر المطلوبَ ان يعطيه كفيلاً بنفسه ثلاثة أيام ، وإن قال الطالب : بينتي غيب ، لم يأخذ منه كفيلاً ، ولا يوماً واحداً .

(قال) : وإن قال : ليست لي بينه لم آخذ منه كفيلاً (قال) : وإذا قام عليه شاهد واحد ، وقال الآخر : حاضر فإنه يأخذ له منه كفيلاً ثلاثة أيام ، وإن قال : شاهدي الآخر غائب لم يأخذ له منه كفيلاً ، وإن قال : ليس لي بينة ، وأنا أريد أن استحلفه فخذ لي منه كفيلاً حتى استحلفه ، فإنه لا يأخذ له منه كفيلاً ولكنه يستحلفه مكانه ؛ فإن قال الطالب : بينتي حاضرة فخذ لي منه كفيلاً . فقال المطلوب : ليس لي كفيل ، فإنه يأمر الطالب أن يلزمه إن أحب ثلاثة أيام حتى يحضر شهوده ، فإن أحب أن يستحلفه فعل ، ولا ينبغي للقاضي أن يسجنه له .

(قال) : وكل دعوى يدعيها الرجل قبل صاحبه من دراهم ، أو دنانير ، أو حنطة ، أو شعير ، أو سمن ، أو زيت ، أو شيء مما يكال ، أو يوزن دين ، أو شيء بعينه ، أو شيء من الحيوان ادعاه بعينه ، أو دعوى في دار ادعاها ، وقال : شهودي حضور فإنه يأخذ له منه كفيلاً ثلاثة أيام .

القول في صلح الكفيل المكفول له في السلم عما كفل له

وإذا كان لرجل على رجل كر حنطة من سلم ، وله به كفيل فصالح رب الطعام الكفيل على رأس المال فإن (**قياس** قول مالك والأوزاعي والثوري والشافعي) في ذلك أن الصلح جائز .

(وهو قول أبي يوسف) ، (وكان أبو يوسف يقول في ذلك) : صلح الكفيل جائز ويؤدي رأس المال إلى الطالب ، ويرجع على الذي عليه الأصل بكر حنطة (**وقال**) : هذا بمنزلة رجل كفل عن رجل بألف درهم ، فصالحه منه على ثوب ودفعه إليه فهو جائز ، ويرجع على المكفول عنه بألف درهم ، وكذلك السلم يوضع على المكفول عنه بالكر ، والكر للكفيل على المكفول عنه بمنزلة المال الذي وصفت لك كأنه أدى الطعام عنه بعينه .

وقال أبو حنيفة ومحمد : صلح الكفيل رب السلم على رأس المال غير جائز ، والسلم على حاله لا يقدر الكفيل على نقض السلم .

والصواب من القول في ذلك عندنا : إن المكفول له إن اتبع الكفيل بما كفل له عن غريمه المسلم إليه فصالحه الكفيل بما كفل له من الطعام على دراهم ، أو دنانير هي قدر رأس مال السلم ، أو أقل أو أكثر فجائز ، لأن الطعام الذي صالح عنه المكفول له لزمه من غير وجه السلم ، وإنما لزمه على وجه الكفالة ، ولا خلاف بين الجميع في أن رجلاً لو كان له على رجل كر من حنطة موصوفة من قرض ، أو غصب أن له أن يصالحه من ذلك الكر على ما أحبا مما يجوز أن يكون مثله ثمناً للأشياء التي يحل شراها وبيعها ، فكذلك حكم الصلح عن الحنطة التي لزمت المصالح من جهة الكفالة جائز الصلح عنها على ما يجوز أن يكون ثمناً للأشياء ، وإن كانت لزمت الكفالة على[1] المسلم إليه .

وإذا صالح الكفيل رب الطعام على شيء من ذلك ، فله الرجوع على المكفول عنه بالطعام الذي كان كفل عنه ، وهو كر حنطة ، وكذلك القول في ذلك لو كان السلم ثياباً ، أو شيئاً مما يكال ، أو يوزن ، أو[2] يُذرَع ، أو يُحد[3] بصفة غير الطعام كالقول في الطعام .

وكذلك اختلاف أبي حنيفة وأصحابه في كل ذلك نحو ما ذكرنا من اختلافهم في الصلح من الطعام على رأس المال . إلا أن (أبا حنيفة وأصحابه قالوا) : لو صالح الكفيل على شيء غير السلم بعينه ، وغير رأس المال لم يجز . (**وقالوا**) : ألا ترى أن الذي عليه الأصل صالح على شيء غير رأس المال ، وغير السلم لم يجز ، فكذلك الكفيل .

---

(١) ن : مسلم إليه .

(٢) ن : يزرع .

(٣) ن : نصفه .

وقد بينا أن معنى الكفيل في الصلح عما كفل ، وإن كانت كفالته في سلم غير معنى الصلح الذي عليه السلم عما عليه من ذلك .

ولو أن رجلاً كان له على رجل كر حنطة من سلم قد كفل له به كفيل ، فاتبع المكفول له بذلك الكفيل ، وأداه إليه ، وكانت كفالته له به بأمر الذي عليه الطعام فإنه يرجع بذلك على المكفول عنه (في قول الجميع) .

فإن صالح الكفيل المكفول عنه على دراهم مثل رأس المال ، أو أكثر فهو جائز (في قياس قول مالك والأوزاعي ، والثوري والشافعي ، وفي قول أبي حنيفة وأصحابه) .

وكذلك لو صالحه من ذلك على عروض[1] ، أو ثياب ، أو حيوان ، أو غير ذلك ، وذلك أن الكفيل لما أدى الى المكفول له ما كفل له من ذلك كان له الرجوع على المكفول عنه له ، وصار ذلك له عليه ديناً من غير وجه السلم ، فكان بمنزلة دين وجب له من قرض ، فله أن يأخذ له منه بما له عليه من الدين على غير وجه السلم ما بدا له مما يجوز شراؤه وبيعه بين المسلمين .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : إن صالح الكفيل المكفول عنه على عروض ، أو حيوان يداً بيد ، أو على شيء مما يوزن سمن ، أو زيت ، أو على شيء مما يكال شعير ، أو سمسم أكثر من كر ، أو أقل ، أو على طعام أقل من كر ، فإن ذلك كله جائز مستقيم ، إذا كان يداً بيد ما خلا الطعام ، فإنه يجوز إذا كان يداً بيد ، أو نسيئة ، وذلك أن الطعام للكفيل على المكفول عنه بمنزلة القرض ، وليس بمنزلة السلم .

قالوا : ولو صالحه على شيء مما ذكرنا قبل أن يؤدي عنه شيئاً كان جائزاً ، فإن أدى الطعام الذي عليه الأصل الى الطالب ، فإنه يرجع على الكفيل بطعام

---

(١) ن : وثياب .

مثله في ذلك كله ما خلا خصلة واحدة إن كان صالحه على طعام أقل من ذلك لم يرجع إلا بمثل ما أعطاه .

وأما الذي نقول به في مصالحة الكفيل المكفول عنه قبل أن يؤدي عنه شيئاً فإن ذلك إنما يجوز (عندنا) إذا كان المكفول له قد اختار اتباع الكفيل بحقه دون المكفول عنه ، لأنه إذا اختار اتباعه بحقه صار حقه عليه دون الذي كان عليه الأصل ، وبرىء منه الذي كان عليه الأصل لما قد بينا قبل .

وأما إن صالحه وقد اختار المكفول له اتباع الذي عليه الأصل فإن مصالحته إياه على ما صالحه عليه من شيء باطل من أجل أنه قد بريء من الكفالة باتباع المكفول له الذي عليه الأصل ، فلا وجه له بمصالحته إياه عما كفل عنه ولا حق له قبله بسبب ذلك إلا أن يصالحه عن الذي عليه الأصل متبرعاً أنه[1] يتبرأ من دين غريمه فيجوز ذلك ويبرأ الذي عليه الأصل من دين غريمه ، ولا يكون للكفيل الذي صالح عنه حينئذ الرجوع على المكفول عنه بما أعطى المكفول له عنه لأنه أعطاه ذلك بغير أمر المكفول[2] عنه ، ولو جهل الكفيل والمكفول عنه فتصالحا على شيء أداه المكفول عنه إلى الكفيل بسبب كفالته التي كفل عنه ، وقد اتبع المكفول له المكفول عنه ، كان للمكفول عنه الرجوع على الكفيل بما أعطاه إياه بسبب ذلك .

وإذ كان الأمر في ذلك (عندنا) كالذي وصفنا فاختار المكفول له اتباع الكفيل بحقه ، ثم صالح الذي كان عليه الأصل الكفيل عما كان عليه للمكفول له قبل أن يؤدي الكفيل إليه شيئاً كان الصلح جائزاً على ما صالحه عليه من شيء قَلَّ أو كَثُر .

ولو صالح المكفول عنه الكفيل على بعض ما يجوز الصلح عليه مما كفل

---

(١) ن : ليبرأ .

(٢) ن : له .

عنه ، وقد اتبع المكفول له الكفيل ، ثم قضى المكفول له حقه الذي كان له عليه قبل اتباعه الكفيل به كان ذلك منه قضاء عن كفيله ما لزمه للمكفول له بكفالته ، ولم يكن له أن يرجع على الكفيل بشيء مما كان أعطاه بالصلح الذي كان جرى بينه وبينه ، ولا شيء مما أدى إلى المكفول له عنه ، لأنه أدى ذلك عنه إليه بغير أمره ، فكان متبرعاً عنه بإعطائه إياه ذلك عنه .

ولو أن المكفول له أتبع الكفيل بحقه ، ثم إن الكفيل أخر الذي كان عليه الأصل قبل أن يؤدي الى المكفول له ما كفل له عنه كان تأخيره ذلك جائزاً ، ولم يكن له (عندنا) اتباعاً بما أخره به من ذلك إلا بعد انقضاء الأجل الذي أخره إليه أدى الذي عليه للمكفول[1] له إليه ، أو لم يؤده .

وكالذي قلنا في ذلك (قال أبو حنيفة وأصحابه) .

ولو أن الكفيل صالح المكفول عنه وقد[2] اتبعه المكفول له بحقه على دراهم ، أو على شيء مما يكال ، أو يوزن بغير عينه ، ولكنه موصوف ، ثم افترقا قبل أن يقبض الكفيل من المكفول عنه ما وقع عليه الصلح بينه وبينه كان الصلح منتقضاً ، لأنه يصير ذلك في معنى الدين بالدين ، ولكن الصلح لو وقع بينهما على عين حاضرة يريانها بعينها ثم افترقا قبل قبض الكفيل ذلك كان الصلح جائزاً ماضياً ، وكان ما وقع عليه الصلح من ذلك للكفيل .

وكذلك قال أبو حنيفة وأصحابه ، غير أنهم (قالوا) : ذلك الحكم إذا صالح الكفيل الذي عليه الأصل كان الغريم قد[2] اتبعه ، أو لم يكن اتبعه بعد ، وكذلك (**قالوا**) في تأخير الكفيل المكفول عنه (**وقالوا أيضاً**) : إذا صالحه الكفيل على شيء بغير عينه ، ثم افترقا قبل القبض[3] فالصلح باطل منتقض ما

---

(١) ن : له .

(٢) أي اتبع الكفيل .

(٣) ن : والصلح .

خلا الطعام فإنه إن صالحه على نصف كر ، إلى أجل فهو جائز ، (وقالوا) : إنما حط عنه ما بقي ، (قالوا) : ولا يجوز هذا فيها سوى الحنطة . .

القول في حكم كفالة المريض

وإذا كفل رجل في مرضه الذي مات فيه عن رجل بمال وعليه دين يحيط بماله فإن الكفالة باطل ، وذلك أن الكفالة معروف ، ودينه به أولى منها ، وإن لم يكن عليه دين ، فالكفالة جائزة من الثلث ، (وكذلك قال أبو حنيفة وأصحابه) ؛ (**وقالوا**) : إن كانت الكفالة لوارث فإن ذلك لا يجوز ، (قالوا) : وكذلك إن كانت عن وارث لأن في ذلك منفعة له . .

والقول عندنا : في الكفالة عن الوارث كالذي قالوا ، وذلك أن ذلك قضى عنه ديناً عليه ، فهو في معنى قرضه إياه ذلك ، وذلك لا شك أيضاً[1] دفع إليه من ماله دون سائر ورثته ، وذلك محظور عليه في حال مرضه الذي يكون منه وفاته . فأما القول في الكفالة للوارث عن أجنبي له عليه دين بدينه ، فإن (الصواب عندنا في ذلك) إجازته ، وذلك أن ذلك في معنى إقراضه الأجنبي من ماله ما كفل عنه ، ولا خلاف بين الجميع أنه لو وهب ذلك له في مرضه الذي توفي فيه فقبضه منه وهو يخرج من ثلاثة أن ذلك جائز ماض وإقراضه إياه ذلك أولى أن يكون جائزاً .

ولو اقر مريض في حال مرضه أنه كان كفل لرجل بمال عن آخر في حال صحته ، وعليه دين يحيط بماله في حال إقراره بذلك فإن ذلك من قراره (عندنا) جائز ، ويدخل المكفول له إن اتبعه بما أقر له به مع سائر غرمائه فيما عليه فيضرب بدينه معهم في ماله .

وهذا (**قياس** قول) كل من ألزم المريض إقراره بدين في مرضه الذي

(١) ن : بدفع .

يحدث فيه ، وإن كان عليه دين يحيط بماله في حال إقراره بذلك وذلك أن إقراره بكفالته بذلك في الصحة في حال المرض إقرار منه بدين نسبه إلى أنه كان في الصحة ، وإن كان إقراره به في حال المرض .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : إن أقر مريض في مرضه الذي مات فيه أنه كفل بمال في الصحة لم تلزمه الكفالة إذا كان عليه دين فإن لم يكن عليه دين لزمه ذلك في جميع ماله ، لأنه أقر أنه كان منه في الصحة . .

وكان اللازم أبا حنيفة وأصحابه على قولهم إذا جعلوا إقراره بذلك في حال المرض بمنزلة كفالته به في مرضه في إبطالهم إقراره إن كان عليه دين ، وانكروا أن تكون سبيله سبيل إقراره به في حال الصحة ، أو سبيل الدين في الصحة أن لا يجعلوه من جميع المال ، إذا لم يكن عليه دين ، بل الواجب كان عليهم أن يجعلوه من ثلاثة بمنزلة كفالته في مرضه ، فإما أن يجعلوه من جميع المال إذا لم يكن عليه دين فيحلوه محل الإقرار به في الصحة[1] ، أو يجعلوه باطلاً إذا كان عليه دين ، فيحلوه محل الكفالة به في المرض ، فذلك ما لا يشكل فساده لأنهم بحكم إقرار الصحة لا بحكم كفالة المرض حكموا له . .

وإذا كفل رجل لرجل في صحته عن رجل بمال أقر له به من غير تبيين المال المكفول به وغير تحديد مبلغه فإن ذلك كفالة باطلة لا يلزم الكفيل بها (عندنا) شيء كان عليه دين ، أو لم يكن عليه دين ، ولا يُتبع بشيء مما أقر به المكفول عنه بعد ذلك ، وقد بينا العلة في ذلك ، وذكرنا اختلاف المختلفين فيه فيما مضى قبل .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : إذا كفل في الصحة بما أقر به فلان لفلان ولم يسمه ، ثم مرض وعليه دين يحيط بماله ، ثم أقر المكفول عنه أن لفلان عليه ألف

---

(١) ن : ويجعلوه .

درهم فإن ذلك يلزم المريض (**قالوا**) : وإن أقر بذلك المكفول عنه بعد موت المريض فهو سواء ويحاصّ الغرماء ، لأن أصل ذلك كان في الصحة . (**قالوا**) : وكذلك لو كفل بما ذاب لفلان على فلان أو بما قضي لفلان على فلان ، أو بما صار لفلان على فلان . (قالوا) : وكذلك لو كان المكفول له وارثاً ، أو المكفول عنه وارثاً أو كانا جميعاً وارثين ، لأن هذا كان في الصحة فهو بمنزلة رجل كفل في صحته لرجل بما أدركه من درك في دار اشتراها ، ثم استحقت لدار في مرض الكفيل ، أو بعد موته فإن المشتري يضرب مع غرماء الكفيل الميت بالثمن ، لأن أصل ذلك كان في الصحة . (**قالوا**) : ولا يشبه هذا الكفالة في المرض .

وإذا كفل رجل في مرضه الذي مات فيه بمال ، وليس عليه دين ، ثم استدان بعد ذلك مالا يحيط بماله فإن الكفالة باطلة لأنها كانت في المرض (في قولنا وقولهم) وإنما أبطلناها لأنها معروف[1] فالدين بماله أولى منها كما هو أولى به من وصاياه التي يوصي بها فيه .

وإذا كفل رجل عن رجل بمال بأمره ورهنه المكفول عنه رهناً فيه وفاء ، فإن ذلك جائز في (قياس قول مالك) إن كان المكفول عنه معدماً ، وإن كان ملياً (فقياس قوله) : أن يكون الرهن باطلاً لأنه ليس للمكفول له قبل الكفيل تبعة ما دام المكفول عنه ملياً فلا وجه لارتهان الكفيل من المكفول عنه رهناً من غير أن يكون له قبله حق يرتهن بدلاً منه الرهن .

وأما (على قياس قول الأوزاعي والثوري والشافعي وهو قول أبي حنيفة وأصحابه) : فإن الرهن في ذلك جائز لأن للمكفول له اتباع الكفيل (عندهم) بما كفل له عن غريمه ، ملياً كان الغريم ، أو معدماً ، وأن للكفيل أخذ المكفول عنه بإخراجه مما أدخله فيه من ذلك .

---

(١) ن : في الدين .

وأما (الذي نقول به في ذلك) فهو أنه ليس للكفيل على المكفول عنه سبيل حتى يختار المكفول له اتباعه بحقه دون صاحب الأصل ، فإن اختار اتباعه به دون المكفول عنه كان للكفيل حينئذ مطالبة المكفول عنه بأمره ، فإن رهنه بما لزمه له من حق عند ذلك كان رهناً جائزاً . فإن اختار اتباع المكفول عنه بطلت الكفالة ، ولم يكن الرهن إن رهن منه الكفيل رهناً جائزاً ، لأنه لا حق له قبله يرتهن منه رهناً .

وهذا الذي قلنا في ذلك (قول ابن شبرمة[1]) .

فإن اتبع المكفول له بالمال الكفيل دون المكفول عنه فارتهن الكفيل من المكفول عنه رهناً بما له عليه فهلك الرهن عند الكفيل ، وأدى إلى المكفول له ما كفل له عن غريمه ، فكانت قيمة الرهن والدين الذي كفل به سواء لم يكن له المكفول عنه سبيل ، لأن الرهن هلك (عندنا) من مال الكفيل المرتهن ، وإن كانت قيمته أكثر من الدين أو أقل[2] يراجع عند ذلك الكفيل والمكفول عنه بفضل إن كان لأحدهما قبل صاحبه على ما بينا في كتابنا (كتاب الرهن[3]) .

والواجب في ذلك (على مذهب مالك) أن يكون الكفيل إن كان ارتهن ما ارتهن من المكفول عنه في حال يجوز ارتهانه منه على ما بينا ، ثم هلك الرهن عنده وقد قضى المكفول له حقه أن يُنظر إلى الرهن ، فإن كان مما يخفى هلاكه كالحلي والثياب وما أشبه ذلك ، فإن ذهاب ذلك وهلاكه يكون من الكفيل المرتهن ، ثم يكون فيما يبطل من حقه قبل المكفول [4]عنه ، وفيما يتبع كل واحد منهما صاحبه بفضل قيمة ، أو نقصان عن مبلغ الدين على نحو قولنا الذي بيناه ، وإن كان مما

---

(١) انظر ص ١٣ .
(٢) ن : يراجع .
(٣) كأنه يعني كتاب الرهن من لطيفه .
(٤) ن : له .

يظهر هلاكه ولا يخفى كالدور والدواب والمواشي والرقيق ، فإن هلاك ذلك (على قوله) من مال المكفول عنه حينئذ ويتبعه الكفيل بما أدى عنه إلى غريمه .

وأما قياس قول الأوزاعي فنحو[1] ما ذكرنا من قياس قول مالك غير أنه يجب (على قوله) أن يكون للكفيل ارتهان الرهن من المكفول عنه بما كفل عنه بكل حال ، ثم يكون القول في هلاكه إن هلك في يد الكفيل نحو الذي ذكرنا من قياس قول مالك .

وأما قياس قول الثوري وهو قول أبي حنيفة وأصحابه : فإن الرهن إن هلك عند الكفيل فإنه من ماله ، فإن أدى الكفيل المال لم يرجع على المكفول عنه ، وان لم يؤده ولكنه أداه الذي عليه الأصل رجع الذي عليه الأصل على الكفيل بمثله .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : هلاك الرهن عند الكفيل بمنزلة قبضه المال .

وأما (على قول الشافعي) : فإن[2] للكفيل إذا هلك الرهن عنده وأدى المال إلى المكفول له أن يرجع على المكفول عنه بما أدى عنه ، ويكون هلاك الرهن (على قوله) من مال المكفول عنه كان مما يظهر هلاكه ، أو مما يخفى ، وإن لم يؤد ذلك الكفيل ولكن المكفول[3] عنه أداه لم يكن له (على قوله) الرجوع على الكفيل بشيء لا بقيمة الرهن ، ولا بالمال الذي أدى .

ولو أن رجلاً كفل عن رجل بألف درهم على أن يرهنه بذلك عبداً به[4] وبعينه ، ثم أن المكفول عنه أبى أن يدفع إليه العبد الذي شرط له أن يرهنه ، فإن الكفالة لازمة ، ولا يقدر على الخروج منها بسبب اشتراطه على المكفول عنه أن

---

(١) ن : مما .

(٢) ن : الكفيل .

(٣) ن : المكفول اداه .

(٤) لعل صوابه : أو بعينه .

يرهنه العبد الذي تشارطا رهنه ، لأن شرطه ذلك غير مبطل ما قد لزمه للمكفول له بغير شرط كان بينه وبينه في حال الكفالة ، ولا يجبر المكفول عنه على دفع العبد إلى الكفيل رهناً ، لأن الكفيل لم يكن قبضه فيكون رهناً .

وهذا الذي قلنا في ذلك (قول أبي حنيفة وأصحابه) .

القول في حكم الرجل يبيع الرجل

سلعه بثمن إلى أجل على أن يكفل له بثمنها كفيل بعينه أو بغير عينه أو يقرض رجل رجلاً على ذلك من الشرط

وإذا باع رجل رجلاً متاعاً بثمن معلوم إلى أجل محدود ، وشرط البائع على المشتري في عقد بيعه إياه ذلك أنه إنما يبيعه إياه على أن يكفل له عنه بثمنه رجل بعينه سماه له فاشترى المشتري ذلك منه على هذا الشرط وسلم البائع السلعة الى المشتري على ذلك .

فإن (قياس قول ابن أبي ليلى) إن هذا البيع جائز ، والشرط باطل ، كفل الذي شرطت كفالته بما له على المشتري عنه ، أو لم يكفل له عنه كان حاضراً وقت كفل البيع المتبايعين ، أو غائباً عنهما ، وذلك أن (من قوله) إن كل شرط كان في عقد البيع لم يكن عوضاً مما تبايعاه بينهما ، أو من معاني العوض منه ، فهو باطل والبيع ماض جائز .

وأما (على قول أبن شبرمة) فإن البيع والشرط جائزان جميعاً معاً ، ويؤخذ المشتري بأن يعطيه بالثمن كفيلاً من شرط له كفالته .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : إن كان الكفيل ليس بحاضر لذلك المجلس فإن البيع فاسد . (**قالوا**) : وكذلك في الحوالة إن كان غائباً عن ذلك المجلس فالبيع فاسد ، وإن جاء الكفيل فرضي وكفل ورضي بأن يحتال عليه فإن البيع لا يجوز (**قالوا**) : فإن كان فلان الذي شرطت كفالته حاضراً فرضي بذلك

وسلم ، فإن البيع جائز إذا سمي الأجل والكفيل ضامن للمال .

(قالوا) : ولو أقرض رجل رجلاً مالاً ودفعه إليه على أن يكفل به فلان ، أو كفل أو احتال عليه به على فلان ، أو على أن يضمن له فلان ، فإن القرض جائز ، وإن ضمن فلان له ، أو كفل ، أو احتال عليه بذلك فهو جائز غائباً كان فلان في هذا ، أو حاضراً ، فهو سواء لأن القرض لا يشبه البيع . فأما السلم فإنه مثل البيع ، وأما الغصب فهو مثل القرض والتزويج مثل القرض .

(قالوا) : وإن قال : أتزوجك على ألف درهم على أن[١] يكفل[٢] بها فلان عني ، أو على أن أحيلك بها على فلان ، والكفيل غائب عن ذلك المشهد ، أو حاضر ، فالنكاح جائز ، ولا يشبه البيع فإن دخل الكفيل في الضمان فهو جائز ، وكذلك الخلع ، وكذلك الصلح من دم عمد ، أو جراحة فيها قصاص فصالح على مال مسمى حالّ ، أو إلى أجل مسمى على أن يكفل به فلان ، أو أن يحيله به على فلان ، والكفيل حاضر ذلك راض به ، أو غائب عنه فرضي بعد ذلك ، فالصلح جائز ، لأن هذا لا يستطيع رده ، ولا ينقض الصلح فيه ، وإذا رضي الكفيل وضمن فالضمان عليه جائز .

(قالوا) : وإذا كان لرجل على رجل دين حالّ من ثمن بيع ، أو سلم قد حل ، أو قرض ، أو غصب حال فسأله من يؤخر عنه نجوماً على أن يضمن له فلان ذلك وفلان غائب ، فصالحه على ذلك فقدم الكفيل فأبى أن يدخل في الضمان فإن الصلح باطل منتقض والمال حالّ على صاحبه الأول . (**قالوا**) : وكذلك لو كان الكفيل حاضراً فأبى أن يدخل في الضمان فإن الصلح باطل منتقض ، والمال على صاحبه الأول . فإن دخل الكفيل في الضمان بعد ما تقدم من غيبته ، أو كان حاضراً فدخل في الضمان ، فالضمان جائز عليه ، والصلح

---

(١) ن : تكفل .

(٢) اي الألف .

جائز والتأخير جائز .

قالوا : فإن كان اشترط في التأخير أنه إن أخر نجماً عن محله فـالمال كله حالّ ، كما كان ، فهذا الشرط جائز على هذا الوجه ، والكفالة على هذا جائزة مستقيمة .

قالوا : ولو قال : إن أخرت نجماً عن محله عشرة أيام فالمال عليك ، فهو جائز على ذلك . (قالوا) : ولو كان ذلك من مهر امرأة ، أو من خُلع ، أو من صلح ، أو من دم عمد كان جائزاً على هذا .

[(1)] **وقال الشافعي** : [(2)] إذا باع الرجل الرجل بيعاً على أن يرهنه رهناً فلم يدفع الراهن الرهن إلى البائع المشترط[(3)] فللبائع الخيار في إتمام البيع بلا رهن[(4)] ورد البيع ، لأنه لم يرض بذمة المشتري دون الرهن ، وكذلك لو رهنه[(5)] رهنا فاقبضه بعضاً ، ومنعه بعضاً . (قال) : وهكذا لو باعه على أن يعطيه حميلاً بعينه فلم يحمل له[(6)] به الرجل الذي اشترط حمالته حتى مات كان له الخيار في اتمام البيع بلا حميل ، أو فسخه[(7)] . (**قال**) : ولو كانت المسألة بحالها أفراد المشتري فسخ البيع[(8)] بمنعه[(9)] الرهن ، أو الحميل لم يكن ذلك له ، لأنه لم يدخل عليه هو[(10)]

---

(١) ام : الرهن الكبير : جواز شرط الرهن .

(٢) وإذا باع الرجل الرجل على أن الخ .

(٣) أم : له فللبايع .

(٤) ام : أو رد .

(٥) ام : رهوناً فأقبضه بعضها ، ومنعه بعضها ، وهكذا الخ .

(٦) أم : بها .

(٧) ام : لأنه لم يرض بذمته دون الحميل ، ولو كانت الخ .

(٨) ن وام ق : بمنعه : ام مد : فمنعه .

(٩) ام ق : الراهن او الحمل .

(١٠) ن : نقضاً الخ : أم : نقص يكون له به خيار ، لأن البيع كان في ذمته وزيادة رهن ، أو ذمة غيره فسقط ذلك عنه ، فلم يرد عليه في ذمته شيء لم يكن عليه ، ولم يكن في هذا فساد للبيع ، لأنه لم ينتقص من الثمن شيء يفسد به البيع إنما انتقص شيء غير الثمن وثيقة للمرتهن لا ملك ، ولم يشترط شيئاً فاسداً فيفسد به البيع ، وهكذا هذا في كل حق الخ : إلا أن قوله : شيئاً : سقط في أم مد .

نقصاً . (قال) : وهذا هكذا في كل حق كان لرجل على رجل فشرط له فيه رهناً أو حميلاً فإن كان الحق بعوض أعطاه إياه ، فهو كالبيع ، وله الخيار في أخذ العوض كما كان له في البيع[1] . (قال) : ولو باعه شيئاً على أن يرهنه رهناً يرضيه ، أو يعطيه حميلاً ثقة ، أو يعطيه رضاه من رهن وحميل[2] بغير[3] تسمية شيء بعينه كان البيع فاسداً لجهالة البائع والمشترى ، أو أحدهما بما تشارطا ألا ترى أنه لو[4] جاء بحميل ، أو رهن فقال : لا أرضاه لم يكن عليه حجة بأنه رضي رهنا بعينه ، أو حميلاً بعينه فأعطيه (حدثنا بذلك عنه الربيع) .

وقياس قول أبي ثور : في ذلك أن البيع جائز إن تعاقده المتبايعان بثمن إلى أجل على أن يكفل للبائع بالثمن كفيل بعينه ، أو بغير عينه حاضراً كان المشترط إلى أجل على أن يكفل للبائع بالثمن كفيل بعينه ، أو بغير عينه حاضراً كان المشترط كفالته ، أو غائباً في حال عقد البيع عقده ، فإن رضي المشروط كفالته وكفل للبائع على المشتري بماله فهو الذي أراد ، وإن امتنع من ذلك أُجبر المشتري (على قوله) أن يعطيه كفيلاً غيره مكانه . وكذلك الواجب (على قوله) : إذا كان البيّع عقد على أن يعطي المشتري البائع كفيلاً بغير عينه ، وذلك أن ذلك (قوله) : إذا اشترى مشتر من رجل سلعة إلى أجل على أن يعطيه رهناً بعينه فامتنع المشتري من إعطائه ذلك أو على أن يعطيه رهناً بغير عينه ، فكذلك (الواجب أن يكون قوله) : إذا اشترط عليه كفيلاً بعينه ، أو بغير عينه .

والصواب من القول في ذلك كله عندنا ما قال الشافعي ، وذلك أن في

---

(١) ام : وإن كان الرهن في أن أسلفه سلفاً بلا بيع ، أو كان له عليه حق قبل أن يرهنه بلا رهن ، ثم رهنه شيئاً فلم يقبضه إياه فالحق بحاله ، وله في السلف أخذه متى شاء به ، وفي حقه غير السلف أخذه متى شاء به إن كان حالاً ولو باعه شيئاً بألف على أن يرهن الخ .

(٢) ام ق : او من شاء : المشتري أو البائع ، أو ما شاء أو شاء أحدهما من رهن ، أو حميل بغير تسميه الخ .

(٣) ام مد : تسميته .

(٤) ن : جا : ام : جاه .

دخول الكفيل للبائع في الكفالة بحقه على المشتري ، وفي الرهن الذي يرهنه المشتري البائع وثيقة له من حقه قبله إذا كان المال مؤخراً ، ولم يبع البائع سلعته من المشتري على الرضى منه بأمانته ، وفي ترك الحاكم على المشتري للبائع بما شرط عليه في عقد البيع من إعطائه الكفيل الذي شرط له كفالته بماله[1] نقص عليه ومضرة ، وغير جائز إلزامه ذلك على كره منه ، فحكمه في ذلك حكم بائع سلعة له من رجل بثمن حال ، فلم يجد المبتاع السبيل إلى إعطائه الثمن حالاً ، فيكون للبائع الخيار في الرضى بأن يكون غريماً من غرماء المشتري ، وبين نقض البيع في سلعته والرجوع بها على المشتري إن كانت قائمة بعينها ، لأن إلزام البائع الرضى بتأخير ما له على المشتري إلى حال يُسره به[1] نقص عليه ، ومضرة تلزمه ، فلا يجوز إلزامه ذلك من جهة الحكم إلا برضى منه به .

ولو أن رجلاً أعتق عبداً له على ألف درهم على أن يعطيه به كفيلاً بعينه ، وذلك أن يقول له : أنت حر بألف درهم إن أعطيتني به فلاناً كفيلاً بذلك ، فيقول العبد : قد قبلت ذلك ، فإن كفل للمعتق المشروط كفالته عن العبد بالألف الدرهم الذي أعتق عليه كان العتق ماضياً جائزاً إذا كان للمولى المعتق اتباع من شاء من العبد والكفيل بالألف على ما قد بينا فيما مضى من كتابنا هذا ، وإن لم يكفل له بذلك المشروط كفالته كان لمولى العبد الخيار بين إمضاء العتق في العبد والرضى بذمته ، وأن يكون غريماً بماله يتبعه بالألف الذي اعتقه عليه وبين رد العتق واستعباده ، لأنه لم يعتقه إلا على ألف درهم يكون به فلان كفيلاً له عنه ، وذلك نظير عتقه إياه بألف درهم بيض فيعطيه ألف درهم سود في أن للسيد الخيار بين أن يقبل ذلك منه مكان البيض ، ويمضي فيه العتق ، وبين أن يترك قبوله منه ويستعبده .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : لو أن رجلا أعتق عبداً على ألف درهم على أن

---

(١) ن : نفض .

يعطيه به كفيلاً وَقبِلَ ذلك كان العتق جائزاً ، إن أعطاه كفيلاً بالمال ، أو أحاله بـذلك عـلى رجل ، فـذلك جـائز (في قـولهم) من قبل أن العبـد قد عتق . (**وقالوا**) : ليس ذلك كالمكاتب لأن المكاتب عبد لا يجوز الضمان فيه لمولاه .

القول في حكم الكفالة عن مجهول ، أو لمجهول

وإذا قال رجل لرجل : قد كفلت لك بما لك على فلان وهو ألف درهم ، أو كفلت لفلان بماله على فلان ، وهو مائة دينار ، فإن كان ذلك من قائله إلزام نفسه كفالة لأحد هذين الرجلين اللذين لأحدهما ألف درهم على غريمه وللآخر مائة دينار بما له على غريمه فإن ذلك كفالة (عندنا) باطل لا يؤخذ بشيء منها ، وإن كان ذلك منه إقرارا لأحدهما بغير عينه إن له قبله كفالة بالدين الذي ذكر أنه له على غريمه استُوقف إن ادعى كل واحد من الرجلين قبله الحق الذي ذكر أنه ضمنه على ما وُصف من الشك فيه ، فإن أقر لأحدهما بعينه ألزم ما يجب له بما أقر له بـه وحلُف للآخر الذي أنكر أن يكون له قبله حق بسبب كفالة ، إن لم يكن له بينة ، فإن حلف له برىء ، وإن نكل حلف المدعي وأُلزم ما ادعى أنه له قبله بسبب تلك الكفالة ، وإن أنكر أن يكون لهما قبله حق بسبب كفالة ، وأراد أن يحلف لهما لم تقبل يمينه على ذلك ، لأنه قد أقر أن لأحدهما قبله حقاً محدود المبلغ غير أنه شاك في[1] عين من له ذلك الحق فهو بمنزلة رجل قال : لفلان هذا قبلي ألف درهم ، أو لفلان هذا مائة دينار ، وذلك إذا اتبعه المدعيان بما يدعيان أنه كفل لهما به .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : إذا كفل رجل لرجلين فقال لأحدهمـا : قد كفلت لك بما لك على فلان وهو ألف درهم ، أو كفلت لفلان بما له على فلان وهو مائة دينار ، فإن هذا باطل لا يجوز (**قالوا**) : وكذلك لو كان مكان المائة الدينار ألف درهم ، وكذلك لو كان كر حنطة ، أو كر شعير ، أو فرقاً من سمن ، أو

---

(١) ن : غير .

زيت من قبل أن الحق لرجلين (**قالوا**) : ولو كان الحق لرجل واحد على رجلين على كل واحد منهما ألف درهم على حدة ، فقال رجل : قد كفلت بما لك على فلان ، أو على فلان كان هذا جائزاً ، لأن الحق لو احد .

(قالوا) : وكذلك لو كان المال مختلفاً فكان[1] ألف على أحدهما ، ومائة دينار على الآخر ، أو كر شعير على أحدهما ، وكر حنطة على الآخر ، فهو جائز ، ويؤدي الكفيل أيهما شاء .

(قالوا) : وكذلك الكفالة بالنفس ، لو قال : قد كفلت لك بنفس فلان ، أو نفس فلان كان هذا جائزاً يضمّن أيهما شاء .

والقول عندنا في الرجل يقول لآخر : قد كفلت لك بما لك على فلان وهو ألف درهم ، أو بما لك على فلان[2] غريم له آخر ، وهو ألف درهم ، وهو يريد بذلك إلزام نفسه له الكفالة على أحد غريميه بما له عليه أن ذلك كفالة باطلة ، لأنه لم يكفل بمال معلوم ، وإنما كفل له بمال مجهول ، فهو ككفالته له عن غريم له ، أو لرجل آخر عن غريم له ، ولا فرق بين كفالته له على ذلك وكفالته بأحد ماليه اللذين على غريم له بعينه ، لأنهما جميعاً كفالتان[3] إحداهما لمجهول[4] ، والأخرى عن مجهول ، فإن لزمته إحداهما لزمته الأخرى ، وإن بطلت إحداهما من أجل أنها مجهولة بطلت الأخرى ، ومن فرق بين ذلك سئل البرهان على فرق ما بينهما من أصل ، أو نظير فلن يقول في شيء من ذلك قولاً إلا أُلزم في الآخر مثله .

القول في الكفالة بالحيوان والعروض

وإذا ادعى رجل عبداً في يد رجل فأنكر الذي في يده العبد دعواه واختصما

---

(١) أي ألف درهم .

(٢) ن : لغريم .

(٣) ن : أحدهما .

(٤) والآخر .

إلى القاضي ، وأراد المدعي كفيلاً بنفس الذي في يده العبد ، وبنفس العبد حتى يحضر البينة ، وقال : بينتي حضور فإنه يقال له : الزمه حتى تحضر بينتك فأما الحكم بالكفالة ، فإنه لم يلزمه لك شيء فنكفله ذلك .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : يأخذ له القاضي منه كفيلاً بذلك ثلاثة أيام فإن أحضر بينته وإلا أبرأ الكفيل إذا كان يتقدم إلى القاضي في ذلك الوقت فإن كان لا يتقدم إليه إلا في أكثر من ثلاثة أيام جعل وقت الكفالة ذلك الوقت . (**قالوا**) : وكذلك الأمة والدابة والناقة والبقرة ، والشاة ، والثوب ، والعدل الزطي والجراب الهروي ، فإن أحضر بينته على ذلك وزكي الشهود قضي بذلك المتاع له ، ودفع إليه وبرىء الكفيل من كفالته .

قالوا : ولو أن المدعي لم يقدم المدعى عليه إلى القاضي ، وأخذ منه كفيلاً بنفسه ، وبالعبد فمات العبد في يد المطلوب ، وأقام المدعي البينة أن العبد عبده ، وأثبتوا ذلك ، وأقاموا الشهادة عليه ، وزكوا فإن القاضي يقضي بقيمة العبد على المطلوب للطالب ، وإن شاء على الكفيل (في قولهم جميعا)

قالوا : وكذلك الأمة وجميع ما ذكرنا من الحيوان والعروض ؛ (قالوا) : وإن لم يقم بينة على[1] ذلك ولكنه استحلف المدعي عليه عند القاضي فأبى أن يحلف فقضى له القاضي بالعبد ، فمات عند المدعي عليه قبل أن يقبضه فإنه يقضي له بقيمته على المدعى عليه ، وأما الكفيل فلا يلزمه ضمان بهذا .

(قالوا) : وكذلك لو أقر المدعى عليه بذلك إلا أن يقر الكفيل بمثل ذلك ، أو يأبى أن يحلف فأي ذلك فعل الكفيل لزمه من ذلك ما يلزم المطلوب إن شاء المدعي أن يضمنّه قيمة العبد فعل .

والصواب من القول في ذلك عندنا : إذا أعطى الذي في يده العبد المدعي

---

(١) ن : ذلك ذلك .

كفيلاً بنفسه وبالعبد ثم أقام المدعي بينة عادلة على المدعي في يده العبد أن العبد له فقضى له به الحاكم ، فلم يسلمه إليه حتى هلك في يده أن للمقضي[1] له بالعبد الخيار في اتباع من شاء من الذي كان في يده عبده ، فهلك عنده ، أو الكفيل فإن اتبع أحدهما بطلت تباعته قبل الآخر على ما بينا قبل فيما مضى من كتابنا هذا في نظائر ذلك من المسائل .

وأما إن لم يكن للمدعي بذلك بينة ، ولكن الذي في يده العبد نكل عن اليمين فاستحلف المدعي فخلف ، أو أقر له بذلك المدعي في يده العبد ، ثم هلك العبد في يده ، والكفيل يجحد حقيقة ما أقر به ويُحلف على ذلك فلا شيء يلزمه بذلك ، لأنه لا يلزم أحداً شيء بإقرار غيره . ولكن الكفيل إن دُعي إلى اليمين فأباها ، وحلف المدعي قضي له عليه إن اختار اتباعه به .

وكذلك القول في حكم رجل اغتصبه رجل عبداً ، أو أمة ، أو شيئاً من الحيوان ، أو العروض فضمنه له رجل أنه ضامن حتى يسلم ذلك إلى المغصوب ، فإن هلك في يد الغاصب فللمغصوب منه اتباع من شاء بقيمته من الغاصب والضامن ، والقول في قيمته قول الضامن مع يمينه إن اتبعه بها المغصوب منه ، ولا يلزمه إقرار الغاصب إن أقر بأن قيمته كانت أكثر مما أقر به الضامن ، ولكن الزيادة التي أقر بها الغاصب عما أقر به الضامن يقضي بها على الغاصب للمغصوب منه . ولو أن قيمة العبد زادت في يد الغاصب عما كانت عليه يوم كفل الكفيل به للمغصوب منه من زيادة حدثت في بدنه ، ثم هلك كان للمغصوب منه اتباع من شاء من الغاصب والكفيل بقيمته أكثر ما كانت .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : إنما على الكفيل قيمته يوم غصبه إياه الغاصب . والقول في ذلك قوله مع يمينه ، ولا يلزمه الزيادة لأنها ليست بغصب

---

(١) ن : عليه .

(**قالوا**) : وسواء كانت الزيادة التي حدثت في غلاء سعره أو في زيادة بدنه . ولو كان المغصوب أمة فولدت ، أو بقرة فنتجت فضمن الكفيل الجارية وولدها للطالب ، ثم ماتا جميعاً فإنه يضمن قيمة الأمة يوم غصبَها (**في قياس قول أبي حنيفة**) ، ولا يضمن قيمة الولد . (وهو قول أبي يوسف ومحمد) . (**قالوا**) : وكذلك يضمن الغاصب لأن الولد زيادة .

والقول عندنا في الولد والنتاج الحادثين في يد الغاصب نظير القول في الزيادة الحادثة في عين المغصوب أن ذلك كله مضمون ، إذا هلك في يد الغاصب ، وقد بينا العلة في ذلك في كتابنا (**كتاب أحكام الغصوب**[1]) فأغني عن إعادته في هذا الموضع .

وإذا اشترى الرجل عبداً من رجل وقبضه ، ثم جاء آخر فادعاه وأخذ بالعبد كفيلاً ، ثم أقام المدعي بينة عادلة على المشتري أن العبد عبده ، فقضى به له القاضي ، فقال الذي كان في يده العبد وهو المشتري : قد مات العبد ، أو أبق ، وقيمته مائة درهم ، وقال المستحق : لم يمت ، ولم يأبق وقيمته عندي ألف درهم فإن (أبا حنيفة وأصحابه قالوا) : يُحبس الكفيل والذي كان في يده العبد حتى يأتيا بالعبد ، فإن طال ذلك ضمناهما قيمته ، والقول فيه قول كل واحد منهما مع يمينه ، فإن قالا مائة درهم ، وحلفا على ذلك وادعى الطالب ألفاً ضمناهما مائة درهم ، ويأخذ أيهما شاء ، وإن ظهر له العبد بعد ذلك فهو بالخيار إن شاء أخذ عبده ، ورد المائة الدرهم وإن شاء سلم العبد وجازت له المائة ، ويكون العبد للمشتري ، وإذا أدى الكفيل المائة رجع بها على الذي في يده العبد إن كان أمره بالضمان ويرجع المشتري على البائع الأول بالثمن .

(قالوا) : ولو أن الطالب ادعى أن قيمة العبد ألف درهم فأبيا أن يحلفا

---

(١) كأنه يعني كتاب أحكام الغصوب من لطيفه .

عليها فضُمّناها وأديناها ، ثم ظهر العبد بعد ذلك لم يكن له ضمان فيه ، وكذلك لو قامت البينة بقيمته .

والقول عندنا : في العبد المشترى الذي أخذ به الكفيل مدعيه من المشتري إذا ادعى هلاكه ، أو إباقة من يد المشتري ، وأنكر ذلك المستحق : أن يُحبس المشتري إذا اتبعه بحقه المستحق وسأل حبْسه الحاكم إذا كان استحقاقـه ببينة عادلة ، وإن اتبع الكفيل بذلك دون المشتري وسأل حبْسـه حُبِسَ به ، وليس للحاكم حبس الكفيل والمكفول[1] به جميعاً معاً لما ذكرنـا قبل من أن مـطالبة المكفول له إنما هي قبل أحدهما ، وأنه إذا اتبع أحدهما برىء الآخر للعلل التي بيناها فيما مضى قبل .

وإذا حُبِسَ المتبع منهما بذلك لم يخرجه من الحبس إلا بمسألة الطالب إخراجه منه ، أو بإحضاره العبد ، أو ببينة تقوم له بما ادعى من موت العبد ، أو إباقه فيصير حينئذ حق الطالب قيمة عبده دون عينه ، ويكون القول عند ذلك في قيمته قول المطالب بها من الكفيل[2] ، أو المكفول عنه ؛ فإن قضي للمكفول له بقيمة عبده بيمين المطالب بها من الكفيل ، أو المكفول عنه ، ثم ظهر العبد بعد ذلك ، وإذا هو يساوي ألف درهم فالقول في ذلك (عندنا) ما قاله أبو حنيفة وأصحابه . وكذلك القول (عندنا) مثل قولهم إن ظهر ، وقد أُلزم المطالب به قيمته بنكوله عن اليمين في مبلغ قيمته ، أو ببينة قامت للطالب بذلك .

ولو كان ذلك أمة لم يكن للذي كانت في يده وهو المشتري إذا ظهرت بعد ضمانه قيمتها وطؤها في الحال التي جعلنا للمدعي الخيار حتى يسلم ويـرضى ويبطل ما كان له فيها من الخيار ، وأما في الحال التي لم نجعل له فيها الخيار فإن للذي كانت في يده وطأها كان ذلك المشتري ، أو الغاصب ، لأن رضاه بالقيمة ،

---

(١) ن : له .

(٢) ن : والمكفول عنه .

أو قضاء الحاكم له بالقيمة بشهادة عدول ، أو بإقراره بها خروج منه مما كان مالكاً منها .

وكالذي قلنا في ذلك (قال أبو حنيفة وأصحابه) .

وإذا ادعى رجل عبداً في يد آخر ، وأخذ به منه كفيلاً[1] ، أو وكيلاً في خصومته فهو جائز (في قولنا ، وقول أبي حنيفة وأصحابه)

فإن تغّيب المطلوب وغيّب العبد حبس به الكفيل إن اتبعه به المكفول[2] له حتى يُحضره .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : إن تغيب المطلوب وغيب العبد حبس به الكفيل حتى يأتي به بعينه . (قالوا) : وكذلك لو ظهر المطلوب وغيب العبد حبس به حتى يأتي به ؛ (قالوا) : فإن قال المدعي : أنا آتي بالبينة أنه عبدي قُبل ذلك منه ؛ فإن شهد شاهداه أن العبد الذي ضمن هذا له وسمياه وحلياه عبد فلان ، وزكيا ، قضينا له بالعبد على الكفيل ، فإن لم يأت به قضينا له بقيمته بعد أن يحلف المدعي بالله ما خرج من ملكه على وجه من الوجوه .

(قالوا) : وإن شهد شاهداه أن العبد الذي يقال له فلان وحلياه لفلان لم يُقبل ذلك منهما ، لأن الإسم يوافق الإسم ، والحلية توافق الحلية .

(قالوا) : وكذلك لو أتى بكتاب قاض عليه بتلك الصفة فإنه لا يجوز ، ولكن الكفيل يحبس حتى يأتي به . (قالوا) : فإن مات الكفيل أُخذ المدعي عليه حتى يُحضر العبد بعد أن توافق حلية العبد شهادة الشهود ، أو كتاب القاضي ، فإن لم يأت المولى بالعبد خُلي عنه . (قالوا) : وليس المولى في هذا كالكفيل ، الكفيل قد يضمن شيئاً لهذا ، فلا بد من أن يأتي به ، والمولى لم يضمن له شيئاً .

---

(١) ووكيلاً .
(٢) ن : به .

وإذا كان عبد في يد رجل فادعاه آخر وكفل له به[1] رجلان ، فأقام المدعي بينة عادلة أنه عبده فإن الكفيلين يحبسان حتى يدفعاه إليه في (قولنا وقولهم) .

فإن لم يقم له بينة فإن (أبا حنيفة وأصحابه قالوا) : يأخذ الكفيلين بضمانهما فإن قالا : قد مات العبد ، أو قد أبق وأقاما على ذلك بينة فإنا نخرجهما من السجن ولا نبرئهما من الكفالة ويدعو الطالب شهوده أن العبد عبده ، فإن أحضر على ذلك بينة عادلة أخذنا الكفيلين بقيمة العبد كل واحد منهما بنصفها .

قالوا : ولو لم يكن له بينة لم نضمن[2] الكفيلين شيئاً ، ولم نحبسهما له[3] ونؤجلهما في الأباق أجلا حتى يأتيا به .

وكذلك القول في ذلك عندنا إذا لم يكن للمدعي بينة ، أو كانت له بينة وقد هلك العبد المكفول به .

وإذا ادعى رجل داراً في يد رجل ، أو أرضاً ، أو حماماً ، أو كرماً أو بستاناً ، وقال : بينتي حاضرة . فإنه إن سأل الحاكم أمْره بإعطائه الكفيل حتى يُحضر بينته قيل له : إلزمه حتى تحضر بينتك ، فإن أحضرها وإلا فُرق بينه وبينه .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : يؤخذ له كفيل بنفس الرجل ثلاثة أيام ولا يؤخذ له كفيل بهذه الدعوى من قبل أن هذه الدعوى لا تغيب ، ولا تحول ، ولا تزول ، وليس هذا كالحيوان والأمتعة والثياب التي تزول وتغيب .

وإذا استودع رجل رجلا عبداً فجحده ذلك فأخذ منه كفيلا بنفسه وبالعبد فمات العبد في يد المستودع وأقام رب العبد البينة انه استودعه فلانا يوم كذا وقيمته كذا وشهدوا ان هذا الكفيل كفل به لفلان وقيمته كذا يوم كفل به فان الكفيل

---

(١) ن : رجل .

(٢) ن : الكفيل .

(٣) يوجلهما .

يضمن التي شهدت بها الشهود فان قال الشهود لا ندري ما كانت قيمته يوم كفل به الكفيل فان المستودع يضمن قيمته اكثر ما كانت من حين جحده الى ان هلك واما الكفيل فلا يضمن من قيمته ان اتبعه بها المدعي إلا ما يقر به ويُستحلف المدعي على زيادة إن ادعاها .

وقال ابو حنيفة وأصحابه : في **المسألة الأولى** مثل قولنا ، (وقالوا) : في **الثانية إذا** قال الشهود : لا ندري ما كانت قيمته يوم كفل به ضمن المستودع قيمته يوم استودعه على ما شهدت به الشهود ، ولا يضمن الكفيل من قيمته إلا ما يقر به بعد أن يُحلف .

(1)**قالوا** : ولو كان العبد يوم اختصموا فيه أعمى ، وجحد المستودع وشهدت الشهود أنه استودعه وهو صحيح يساوي ألفاً ، وكفل به الكفيل ، وهو أعمى ، ورفعوه إلى القاضي ، وهو كذلك ثم مات في يدي المستودع ثم زكّي الشهود ، فإن المستودع يضمن قيمته أعمى إن اتبعه بها الطالب ، وكذلك الكفيل إذا اتبعه بذلك الطالب دون المستودع .

وقال أبو حنيفة وأصحابه في ذلك مثل قولنا ، (وقالوا) : لو لم يعم ولكن السوق اتضعت وجحده وهو يوم جحده يساوي خمس مائة ، وعلم ذلك القاضي فهو كذلك . (**قالوا**) : ولو لم يعلم ذلك القاضي ضمن المستودع ألفاً ، ولم تقبل منه بينة على اتضاع السوق لأنه جحده ألا ترى أن العبد لو مات وعلم بذلك القاضي ، ثم جحد المستودع الوديعة بعد موته لم يضمن شيئاً ، ولو لم يعلم ذلك القاضي ، ولم يقر به الطالب وجحد الوديعة المستودع ، وقامت عليه البينة بما ذكرنا ضمناه ألفاً . فإن قال : قد مات العبد لم يُلتفت إلى ذلك ولم ينفعه قوله ، ولم تقبل منه بينة عليه إلا أن يشهدوا أنه مات قبل جحوده .

ولو استعار رجل من رجل دابة إلى مكان فجاوز ذلك فضمنها لربها وأعطى

(1) لعل صوابه حذف : قالوا .

كفيلاً بها كان ضامناً (في قولنا وقولهم) وكذلك في الأجارة .

ولو أودع رجل رجلاً متاعاً فخانه في نصفه فضمن له ضامن تلك الوديعة كان الضمان (في قولنا وقولهم) فيما خان وبطل عنه الضمان فيما لم يخن لأن ذلك أمانة .

ولو اشترى رجل من رجل عبداً ، ونقده الثمن ، وأخذ منه كفيلاً بالعبد حتى يدفعه إليه فمات العبد في يده فللمشتري اتباع من شاء من البائع والكفيل بقيمته ، لأنه بمنعه إياه بعد قبضه الثمن في معنى الغصبة (عندنا) . وإن كان منعه ذلك قبل قبض الثمن ، وإنما احتبسه على استيفاء الثمن ، فالكفالة باطل ، والعبد هالك من مال المشتري ، وعليه للبائع ثمنه ، وقد بينا العلة في ذلك في كتابنا (كتاب البيوع[1]) بما أغني عن إعادته في هذا الموضع .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : اذا مات العبد في يد البائع فإنه لا ضمان على الكفيل ، ويرجع المشتري على البائع بالثمن . (قالوا) : ولو ضمن ما أدركه في العبد من درك كان كذلك أيضاً ، لأن هذا ليس يدرك . (قالوا) : ولو قبض المشتري العبد فوجد به عيباً فرده لم يكن على الكفيل ضمان من قبل أن العيب ليس بدرك ، (**قالوا**) : ولو لم يجد به عيباً ، ولكنه استحق رجل نصفه ورد المشتري النصف الباقي لم يكن على الكفيل ضمان في النصف الذي رد المشتري على البائع ، والكفيل ضامن لنصف الثمن الذي استحق حتى يؤديه .

وهذا الذي قالوا في هذا المعنى كله[2] (عندنا) كما قالوا .

وإذا رهن رجل رجلاً متاعاً ، وكفل به رجل فهلك المتاع عند المرتهن وفيه فضل في قيمته على الذي كان فإن لرب الرهن الخيار في اتباع من شاء من المرتهن ،

---

(١) كأنه يعني كتاب البيوع من لطيفه .

(٢) ن : كله كما قالوا .

والكفيل بالفضل من قيمة رهنه عن الدين ، لأن الرهن كان في يد المرتهن مضموناً عندنا .

وكذلك القول : لو كان الكفيل كفل لرب الدين بما نقصت قيمة الرهن من دينه فهلك الرهن وهو ناقص القيمة عن الدين كان لرب الدين اتباع من شاء بباقي دينه الذي نقصت عنه قيمة الرهن من غريمه ومن الكفيل .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : إن كانت قيمة الرهن أكثر من الدَّين فهلك الرهن لم تكن الكفالة جائزة ، ولم يكن للراهن اتباع الكفيل ، ولا المرتهن بشيء (**قالوا**) : وذلك أن المرتهن في الفضل أمين .

قالوا : فإن كانت قيمة الرهن أقل من الدين فهلك الرهن كان لرب الدين اتباع الغريم والكفيل بالقضاء من دينه . (**قالوا**) : ولو رهن رجل رجلاً رهناً فاستعاره منه الراهن على أن[1] يعطيه كفيلاً فهلك عند الراهن كان خارجاً من الرهن ، ولم يكن على الكفيل ضمان .

والذي نقول به في ذلك : إن الرهن إن هلك في يد الراهن ، وقد استعاره من المرتهن فأعاره إياه من غير جناية منه عليه ، فهو كهلاكه في يد المرتهن ، ولا يخرج الرهن (عندنا) من الرهن بأن يعيره المرتهن الراهن .

ولو أن الراهن هو الذي أخذه من يد المرتهن قهراً ، أو بغير رضاه وضمن الكفيل للمرتهن كان الضمان جائزاً يؤخذ به (في قولنا وقولهم) ، لأن الراهن يأخذ الرهن من يد المرتهن بغير رضاه متعدّ .

ولو أن رجلاً استقرض من رجل قرضاً على أن يعطيه به فلاناً عبده رهناً ، وكفل له بذلك الرهن كفيل لم يكن ذلك كفالة جائزة ، لأن الرهن لا يكون رهناً وهو غير مقبوض (وكذلك قال أبو حنيفة وأصحابه) .

---

(١) ن : أعطاه .

ولو أن رجلاً استأجر من رجل عبداً أو دابة وعجّل له الأجرة ولم يقبض العبد ، أو الدابة وكفل له بذلك كفيل حتى يدفعه إليه فإن الكفيل يؤخذ بذلك ما دام حياً ، فإذا هلك العبد أو الدابة فلا ضمان على الكفيل ، ولكن يؤخذ المؤاجر بما قبض من الأجرة حتى يرده في (قول أبي حنيفة وأصحابه) .(**وقالوا**) : لو باع رجل عبداً من رجل وقبض منه الثمن ، وكفل رجل للمشتري بالعبد أن يدفعه إليه فإنه يأخذه به ما دام حياً ، كما أن له أن يأخذ البائع فإن مات العبد فلا ضمان على الكفيل .

والقول عندنا في ذلك : ما دام العبد حياً مثل الذي قالوا ، وأما إذا هلك قبل قبضه فقد بينا القول فيه .

ولو أن رجلاً تقبل من رجل بناء دار معلوم ، أو كراء أرض معلومة ، أو كَرْيَ نهر فأعطى بذلك كفيلاً ، فذلك جائز (في قولنا وقولهم) ، وكذلك لو أكراه إيلا إلى مكة ، أو دواب إلى بلد من البلدان فأعطاه كفيلاً بذلك ، فهو جائز ، وإن كانت الإبل والدواب بأعيانها (في قولنا وقولهم) ما دامت أحياء موجودة فإن هلكت فلا ضمان على الكفيل . ولو أعطاه كفيلاً بالحمولة لم تجز الكفالة[1] فيما كان بعينه ، وجازت فيما كان بغير عينه ، وكذلك الخدمة (في قولنا وقولهم) .

تم الكتاب

والحمد لله رب العالمين وصلى الله على[2] سيدي محمد[3] وآله اجمعين

---

(١) ن : إلا فيما .

(٢) كذا في النسخة .

(٣) ن : الـ وآله أجمعين .

ملحق

قال السيد مرتضى صاحب تاج العروس في كتابه (إتحاف السادة المتقين بشرح أسرار إحياء علوم الدين) للامام الغزالي في شرح الباب الأول من كتاب النكاح عند الكلام في أفات النكاح وفوائده[1] .

وقرأت في كتاب اختلاف الفقهاء لابن جرير الطبري ما نصه :

واختلفوا في الأستمناء

فقال العلاء بن زياد : لا بأس بذلك ، قد كنا نفعله في مغازينا (حدثنا بذلك محمد بن بشار العبدي ، قال : حدثنا معاذ بن هشام ، قال : حدثني أبي عن قتادة عنه)

وقال الحسن البصري والضحاك[2] بن مزاحم وجماعة معهم) : مثل ذلك .

وقال ابن عباس : هو خير من الزناء ، ونكاح الأمة خير منه .

وقال أنس بن مالك) ملعون من فعل ذلك .

[3]**وقال الشافعي[4] لا يحل** ذلك (حدثنا بذلك عنه الربيع)

(وعلة من قال يقول العلاء) إن تحريم الشيء وتحليله لا يثبت إلا بحجة ثابتة يجب التسليم لها ، وذلك مختلف فيه[4] مع إجماع الكل ، وإن مادة إعماله فيه فحرام عليه الجمع بينهما إلا لعلة ، وقد أجمعوا أن له أن يباشر ذلك بما يحل له أن يباشره به ، فكذلك له أن يعمله فيه . .

---

(١) ص ٣٠٦ في الجزء الخامس من طبع مصر وص ٢٨٥ في الجزء السادس من طبع فاس .

(٢) طبع مصر : ممن عداهم : طبع فاس : من عزاهم .

(٣) ام : جماع عشرة النساء : باب الاستمناء : قال الله عز وجل ﴿ وَالَّذين لِفُرُوُجِهِم حَافِظُونَ إلَّا عَلى أزْوَاجِهِمْ - وقرأ إلى - العَادُون ﴾ قال الشافعي : فكان بينا في ذكر حفظهم لفروحهم إلا على أزواجهم ، أو ما ملكت الايمان وبين أن الأزواج ، وملك اليمين من الأدميات دون البهائم ، ثم أكدها ، فقال عز وجل : ﴿ فَمَنْ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأوْ لئِكَ هُمُ العَادُونَ ﴾ فلا يحل العمل بالذكر ، إلا في الزوجة أو في ملك اليمين ، ولا يحل الاستمناء والله أعلم .

(٤) كذا في الأصل .

وعلة من قال بقول الشافعي : الاستدلال بقول الله عز وجل ﴿ والذينَ هُم لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إلاَّ عَلى أَزْوَاجِهِمْ أو مَا مَلَكَت أيمَانَهُمْ فَإنَّهُمْ غَيرُ مَلُومِين فَمَنِ ابتَغى وَرَاء ذَلِكَ فَأُوْلَئِكَ هُمُ العَادُون ﴾[1] فاخبر جل ثناؤه أن من لم يحفظ فرجه عن غير زوجته وملك يمينه ، فهو من العادين والمستمتي عاد بفرجه عنهما .

وقال في الباب الثالث عند الكلام في أداب الجماع[2] .

(تنبيه) قرأت في كتاب اختلاف الفقهاء لأبن جرير الطبري ما نصه :

واختلفوا في إتيان النساء في أدبارهن

بعد إجماعهم أن للرجل أن يتلذذ من بدن المرأة بكل موضع منه سوى الدبر .

فقال مالك : لا بأس بأن يأتي الرجل إمرأته في دبرها كما يأتيها في قبلها (حدثنا بذلك يونس عن ابن وهب عنه)

[3]**وقال الشافعي**[4] : الإتيان في الدبر حتى يبلغ منه مبلغ الإتيان في القبل محرم بدلالة الكتاب[5] والسنة[6] (قال) :[7] وأما التلذذ بغير إبلاغ الفرج بين الأليتين[8] وجميع الجسد فلا بأس به[9] (قال) : وسواء في ذلك من الأمة والحرة

---

(١) المؤمنون ٥ ـ ٧ .

(٢) ص ٣٧٥ في طبع مصر وص ٣٥١ و ٣٥٢ في طبع فاس .

(٣) ام : جماع عشرة النساء : باب إتيان النساء في أدبارهن .

(٤) ام : قال الشافعي : وإباحة الاتيان في موضع الحرث يشبه أن يكون تحريم إتيان في غيره بالإتيان في الدبر حتى يبلغ فيه مبلغ الخ .

(٥) ام : ثم السنة .

(٦) ثم ذكر الشافعي خبر : فلا تأتوا النساء في أدبارهن .

(٧) ام : فأما .

(٨) اتحاف : في جميع .

(٩) ام : إن شاء الله وسواء من الأمة ، أو الحرة ، فإذا أصابها فيها هناك لم نحللها لزوج إن طلقها ثلاثاً ، ولم يحصنها ، ولا ينبغي لها تركه فإن ذهبت الى الإمام نهاه فإن أقر الخ .

ولا ينبغي لها تركه لإصابة ذلك ، فإن ذهبت إلى الإمام نهاه عن ذلك وإن أقر بالعودة له أدبه دون الحد ، ولا غرم عليه فيه لأنها[1] زوجه ، ولو كان زنا حُد فيه إن فعله ، وأغرم إن كان[2] غاصباً لها مهر مثلها[3] ، ومن فعله وجب عليه الغسل وأفسد حجه (حدثنا بذلك عنه الربيع) .

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد : إتيان النساء في الأدبار حرام[4] (الجوزجاني عن محمد)

وعلة من قال بقول مالك : إجماع الكل أن النكاح قد أحل للمتزوج ما كان حراماً ، وإذا كان ذلك كذلك لم يكن القبل بأولى[5] في التحليل من الدبر .

وعلة من قال بقول الشافعي من الخبر (ما حدثني به محمد بن أبي ميسرة المكي ، قال : حدثنا عثمان بن اليمان عن زمعة بن صالح ، عن ابن طاوس ، عن ابيه عن ابن العماد عن عمر بن الخطاب) أن (رسول الله ﷺ قال : [6] محاشّ[7] الناس حرام ، لا تأتوا النساء في أدبارهن ، ومن الاستدلال أن الكل مجمعون قبل النكاح أن كل شيء معها حرام ، ثم اختلفوا فيما يحل له منها بالنكاح ، ولن ينتقل المحرم بإجماع إلى تحليل إلا بما يجب التسليم له من كتاب ، أو سنة أو إجماع ، أو قياس على أصل مجمع عليه ، فما أجمع منها على التحليل فحلال ، وما اختلف فيه منها فحرام ، والاتيان في الدبر مختلف فيه ، فهو على التحريم المجمع عليه .

---

(١) ام : زوجة ولو كان زناء حد فيه حد الزنا إن فعله .

(٢) طبع مصر : عامياً : طبع فاس : عاميا .

(٣) ام : قال : ومن الح .

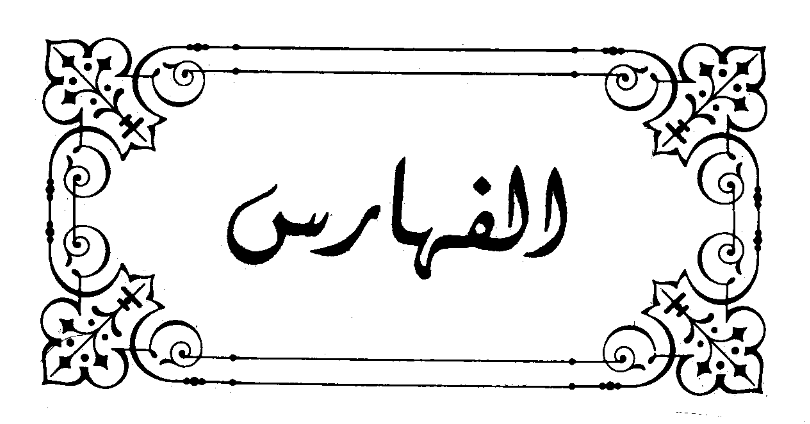
(٤) إتحاف : الحوزاني .

(٥) طبع فاس : من .

(٦) طبع فاس : محاشر .

(٧) لعل صوابه : النساء .

قد نجز بعون المولى وحسن توفيقه تبارك وتعالى طبع ما امكنني طبعه من كتاب اختلاف الفقهاء تصنيف الإمام العلامة أبي جعفر محمد بن جرير الطبري رحمه الله والحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد ﷺ وعلى آله الطيبين الطاهرين ، وآخر دعواهم أن الحمد لله رب العالمين .


الفهارس



﴿ فهرست الأسماء ﴾

حل الرموز

ن : كذا في النسخة ـ ص : صفحة ـ م : كذا فيما تيسر نظره من نسخ الموطأ المطبوعة ـ أم : كتاب الأم للامام الشافعي ره وقد اقتصرت بهذه العلامة عند اتفاق النسخ التي نظرتها أو وجود ذلك الموضع في احداهن فقط ـ أم مد : نسخة بالمكتبة الخديوية بالقاهرة كاملة وهي منسوخة من نسخة بالمدينة المنوّرة ـ أم ق : ثلاثة أجزاء منتسختين قديمتين بالمكتبة المذكورة ـ أم ك : جزء في ملكي .

تنبيه

إني في أغلب الأوقات وضعت الأرقام المشار بها إلى الهوامش أمام الكلمة المختص بها ذلك الهامش .



فهرس
كتاب اختلاف الفقهاء